

# Réflexions sur le pass sanitaire

---

La pandémie liée à la SARS Covid 19 est responsable de maladies chez un grand nombre de personnes, de décès, de séquelles lourdes, ainsi que d'une surcharge du système de santé. Jusqu'à présent, la seule manière d'éviter cette diffusion rapide était l'ensemble des mesures barrières associant confinement, mesures de distanciation, port du masque, avec de lourdes conséquences sur le plan social et économique. Mais cette distanciation a aussi des répercussions sur le bien-être et l'équilibre psychique de chacun lorsque les liens sociaux et les échanges ne peuvent se faire normalement, lorsque l'autre qui me fait face est une menace de contagion pour moi. Plusieurs populations en subissent de lourdes conséquences : les étudiants, les personnes âgées, les personnes vivant en marge de notre société, certaines catégories professionnelles (restaurateurs, artistes, etc.) La protection par un vaccin ouvre une possibilité de limiter le risque, de protéger le plus grand nombre, et de permettre de reprendre un cours de vie normal. Cependant on constate une forte réticence d'un grand nombre de citoyens, associant doute, manque de confiance, ce qui peut aboutir à un refus d'envisager cette vaccination. Faut-il alors, si on ouvre progressivement les lieux fermés depuis de nombreux mois, les réserver aux personnes protégées par la vaccination, éventuellement à ceux qui ont un test négatif récent? Cela signifierait alors que chacun ait un document prouvant qu'il est protégé et/ou non contagieux, et lui donnant la possibilité d'accéder à ce lieu, un certificat, un passeport, un pass sanitaire. Faut-il mettre en place un tel pass sanitaire pour limiter la circulation du virus, permettant la circulation des personnes protégées, limitant l'accès à ceux qui ne le sont pas ? Cela signifie alors une restriction de liberté pouvant générer des inégalités, une discrimination, posant la problématique de la confidentialité puisqu'une vaccination ou un résultat de test est une donnée de santé ?

## La législation

Le passeport vaccinal-pass sanitaire : Le gouvernement a déposé un projet de loi instituant un régime pérenne de gestion des urgences sanitaires, le 21 décembre 2020. Le terme "passeport vaccinal" n'y figure pas. Néanmoins, l'alinéa 6 de la section 2 de l'article premier précise : « Le Premier ministre peut, le cas échéant dans le cadre des mesures prévues aux 1° à 5°, subordonner les déplacements des personnes, leur accès aux moyens de transports ou à certains lieux, ainsi que

l'exercice de certaines activités à la présentation des résultats d'un test de dépistage établissant que la personne n'est pas affectée ou contaminée, au suivi d'un traitement préventif, y compris à l'administration d'un vaccin, ou d'un traitement curatif ».

Un texte de loi voté à l'assemblée nationale le 27 mai, met en place le pass sanitaire pour permettre l'accès à « certains lieux, établissements ou événements impliquant des grands rassemblements de personnes pour des activités de loisirs ou des foires ou des salons professionnels ». La jauge pourrait être fixée à 1000 personnes. Ce dispositif pourra être mis en place du 2 juin au 30 septembre 2021. Ce pass sanitaire repose sur la présentation alternative du résultat d'un test de dépistage négatif au Sars-CoV-2, d'un justificatif de vaccination ou d'un « certificat de rétablissement ».

L'obligation de la vaccination : Si on envisage une obligation vaccinale contre la SRAS CoV-19, « la politique de vaccination est élaborée par le ministre chargé de la Santé » (article L3111-1 du Code de la santé publique). Toutefois, seul le législateur peut rendre une vaccination obligatoire. Une obligation vaccinale existe déjà dans certains territoires (la vaccination contre la fièvre jaune pour toute personne se rendant en Guyane), ou pour certaines populations (les vaccinations obligatoires chez les enfants et pour certaines professions). Le conseil d'état s'est prononcé sur ces vaccinations obligatoires chez les enfants, dans un arrêt du Conseil d'Etat 6 mai 2019 n°415694. Il effectue une balance avantage/inconvénient de l'instauration de tels vaccins. Plusieurs éléments ressortent de cette décision pour apprécier la proportionnalité d'un vaccin obligatoire : (1) La gravité des maladies contre laquelle il lutte ; (2) l'efficacité des vaccins et ses effets indésirables ; (3) la couverture vaccinale satisfaisante visant à protéger la population et notamment les plus fragiles (cf annexe 1).

## Les concepts éthiques

La mise en place d'un pass sanitaire aurait des conséquences pour chaque citoyen dans sa vie quotidienne, en particulier sur des limitations d'accès à certains lieux pour ceux qui ne sont pas protégés, interrogeant la liberté d'aller et venir, la discrimination, l'égalité, mais également la confidentialité :

### La liberté :

Un projet de pass sanitaire viendrait limiter la liberté d'aller et venir, pérennisant le concept des restrictions telles qu'il est en vigueur depuis mars 2020. Les personnes qui refuseraient de se faire vacciner ou de faire un test de dépistage récent, se retrouveraient ainsi privées des libertés qu'elles seraient normalement en droit de pouvoir revendiquer en leur qualité de citoyen.

L'interdiction d'accéder à certains lieux, lorsque la personne n'est pas protégée peut ainsi concerner le droit d'entreprendre, de travailler, la liberté d'aller et venir, le droit au respect de la vie privée et familiale. Des personnes pourraient ainsi être exclues de certains lieux de la société, et voir leur liberté très compromise. Cela induirait aussi une discrimination entre ceux qui peuvent circuler librement, et ceux ayant interdiction d'accéder à certains lieux.

Peut-on envisager que certaines activités ou services essentiels pourraient être accessibles aux uns et refusés aux autres ? En effet chacun doit pouvoir accéder aux commerces de première nécessité, transports publics, services publics, etc. Le pass sanitaire ne pourra pas concerner tous les lieux et toutes les activités. Cela signifie aussi qu'il faut définir les lieux accessibles, et ceux qui ne le sont pas, qu'il s'agisse de lieux publics ou privés, de lieux administratifs, de lieux culturels, de transports, de commerces « essentiels » ou « non essentiels ». Il faudrait qu'un décret détermine la liste précise des lieux et services autorisés à le faire. La loi adoptée au parlement le 27 mai ne l'envisage que pour les grands rassemblements, mais cela est aussi susceptible d'évoluer.

Dans l'hypothèse d'une obligation vaccinale, celle-ci pourrait à son tour porter atteinte à des libertés attachées à la personne (intégrité physique, consentement aux soins, etc.).

#### L'égalité :

Le pass sanitaire impacterait aussi l'égalité, un principe qui signifie d'une part, que toutes les personnes placées dans une situation identique soient traitées de la même manière (ce qui permet en retour que des situations différentes fassent l'objet d'un traitement différent) ; d'autre part, qu'il soit possible de déroger à l'égalité lorsqu'un motif d'intérêt général le justifie. Dans ces deux situations la différence de traitement qui peut en résulter doit être en rapport direct avec l'objet de la norme qui l'établit et ne doit pas être manifestement disproportionnée au regard des motifs susceptibles de la justifier.

Il faudrait ainsi que l'ensemble de la population ait accès au vaccin. Certes des personnes ne souhaitent pas se faire vacciner, mais d'autres le souhaitent ou ne peuvent pas en raison du temps nécessaire pour accéder (avoir un rendez-vous) à cette vaccination, ou alors en raison d'une contre-indication, ce qui entraînerait une rupture d'égalité entre les citoyens. Des personnes seraient alors privées de vie sociale, alors qu'elles n'étaient pas opposées à être vaccinées. Il peut donc y avoir une discrimination consécutive à un accès inégal et inéquitable à la vaccination.

#### La discrimination

Limiter les accès à des services ou lieux publics ou privés à certaines personnes est aussi source de discrimination. Cela signifie tout d'abord que toute personne doit avoir l'information de la

possibilité de vaccination, et du risque de non accès à certains lieux si celle-ci n'a pas été effectuée. Il s'agit en particulier des personnes en situation d'exclusion sociale, ou vivant en marge de la société, des personnes en situation de vulnérabilité, ou isolées, des migrants en situation irrégulière.

L'obligation est de donner à chacun l'opportunité de vivre le plus normalement possible en fonction de ses besoins. Pour la Cour Européenne des droits de l'homme, il y a discrimination lorsqu'une personne est, sans justification objective et raisonnable, traitée moins favorablement qu'une autre personne placée dans une situation analogue et « fondée sur une caractéristique identifiable (une situation) ».<sup>1</sup>

### La confidentialité

L'objectif du pass sanitaire est de prouver que la personne est vaccinée. Or il s'agit de données personnelles de santé, donc des données protégées, confidentielles. Mais cela signifie aussi que quelqu'un va contrôler ce pass. Il ne s'agira pas, de manière évidente, de professionnels de santé liés au secret médical. Cela pourrait donc être considéré comme une ingérence dans la vie privée et personnelle de chacun. Enfin il faut veiller à la sécurisation des données, au regard des risques de cyber attaque.

Dans sa note d'information, la CNIL déclare : « les données sont protégées par le secret médical et ne doivent être traitées que par des personnes habilitées et soumises au secret professionnel »<sup>2</sup>. Si l'on venait à autoriser d'autres acteurs que des professionnels autorisés à accéder à ces données de santé, il y aurait une ingérence dans la vie privée et un secret médical non respecté.

### Passeport ou pass ou certificat ?

Concernant le nom donné à un document permettant de prouver que la personne est protégée par la vaccination ou non contagieuse en raison d'un test récent, la question se pose de le considérer (1) soit comme un passeport, donc un document administratif, délivré par un service de l'état, (2) soit un pass, une sorte de laissez passer, un QR code personnel donné par l'assurance maladie, (3) soit un certificat médical, délivré par un médecin, voire un autre professionnel de santé.

---

<sup>1</sup> Article 14 de la Convention Européenne (Biao c. Danemark [GC], 2016, § 89; Carson et autres c. Royaume-Uni [GC], 2010, § 61; D.H. et autres c. République tchèque [GC], 2007, § 175; Burden c. Royaume-Uni [GC], 2008, § 60) Varnas c. Lituanie, 2013, § 106; Hoogendijk c. Pays-Bas (déc.), 2005).

<sup>2</sup> <https://www.cnil.fr/fr/la-collecte-de-donnees-dans-le-cadre-de-la-vaccination-contre-la-covid-19-quelles-garanties-pour-les>

La dénomination retenue sera un indice sur son utilisation, et sur la personne qui pourra exercer un contrôle, s'il s'agit d'un certificat médical, il semblerait en découler que ce soit une personne liée par le secret médical.

## Faut-il instituer un passeport ou un pass sanitaire ou un certificat vaccinal Covid 19 ?

Depuis mars 2020, le confinement et le couvre feu ont limité les contacts entre les personnes et donc le risque de contamination. L'objectif actuel est de mettre fin aux restrictions de libertés imposées au plus grand nombre, or c'est la vaccination contre la Covid 19 qui est actuellement la seule possibilité pour que les citoyens soient protégés du risque infectieux. Cependant les personnes non vaccinées restent susceptibles d'être contaminées, en particulier dans des lieux ouverts au public. Le passeport ou le pass ou le certificat vaccinal pourrait être une réponse pour limiter la contamination, en ouvrant certains lieux aux seules personnes protégées par la vaccination, ou pouvant prouver leur non contagiosité par un test de dépistage récent. Cela se concrétiserait par l'interdiction d'accès de personnes non vaccinées ou n'ayant pas de test négatif récent à certains lieux afin de limiter la contamination du plus grand nombre.

Le bénéfice est pour le plus grand nombre, car cette mesure met fin aux restrictions antérieures (confinement et couvre feu), et permet à ceux qui ont un tel certificat ou passeport ou pass à reprendre une vie sociale plus « normale », l'ouverture de lieux fermés pendant des mois au public (bars, restaurants, spectacles, cinéma, etc.), la fin de l'isolement responsable de nombreux problèmes psychologiques, voire psychiatriques.

Cependant l'exigence d'un tel document à l'entrée de certains lieux (en l'occurrence aussi lieux du service public, voire transports en commun) soulève de nombreuses questions. Il s'agit tout d'abord de la confidentialité, le passeport ou pass ou certificat vaccinal contient des données confidentielles, qui seraient ainsi divulguées à des tiers, non tenus au respect du secret médical. Ensuite les personnes n'ayant pas un tel document verraient leur liberté d'aller et venir réduite, pourraient être sujets à stigmatisation et discrimination. Enfin ce passeport/pass/certificat peut être à l'origine d'inégalités, il faudrait s'assurer que l'accès à la vaccination soit possible à tous, y compris les plus vulnérables, exclus, en situation irrégulière.

Si tous n'ont pas accès à la vaccination, il s'agit de s'interroger sur le fait de ré-accorder des libertés à certains, plutôt que de priver le plus grand nombre. Dans ce cas, il serait légitime de lever

certaines restrictions, même si on va à l'encontre de l'égalité et de la non-discrimination. Il ne s'agirait alors que d'une mesure transitoire, et il faudrait veiller à un juste accès à la vaccination et à la sécurisation de ces données confidentielles.

Si l'accès à la vaccination est possible pour tous, et si on veut limiter le risque de contamination, en particulier des personnes les plus vulnérables, ou à risques, il faudrait s'interroger sur l'obligation vaccinale, qui seule permettrait l'égalité, la non discrimination, la non rupture de la confidentialité et la solidarité de tous envers les plus vulnérables. Ce serait une restriction de liberté, car une obligation de se soumettre à cet acte. Mais du fait de la gravité de la maladie pour certains, de l'efficacité telle qu'elle peut être constatée après quelques mois, la justification d'une telle obligation pourrait peut-être s'envisager. Cependant dans ce cas le passeport/pass/certificat n'a plus lieu d'être, même si dans ce cas il faudra s'interroger sur la manière dont cette obligation pourra se mettre en place, et être contrôlée (a priori par l'assurance maladie).

Pour les membres de la cellule de soutien éthique (M Ladiesse, juriste, B Birmelé, Th Leonard, médecins, Ph Blanc, philosophe, C Raimbault, psychologue, S Lalande, cadre enseignant IFSI).

Tours, 28 mai 2021.

## Annexe 1 : Une obligation de vaccination

Si on envisage une obligation vaccinale contre la SRAS Cov 19, « la politique de vaccination est élaborée par le ministre chargé de la Santé » (article L3111-1 du Code de la santé publique). Toutefois, seul le législateur peut rendre une vaccination obligatoire.

Le conseil d'état s'est prononcé sur ces vaccinations obligatoires chez les enfants, dans un arrêt du Conseil d'Etat 6 mai 2019 n°415694 : Le Conseil d'Etat fait preuve de pragmatisme et effectue une véritable balance avantage/inconvénient de l'instauration de tels vaccins. Plusieurs éléments ressortent de cette décision pour apprécier la proportionnalité d'un vaccin obligatoire: (1) La gravité des maladies contre laquelle il lutte ; (2) l'efficacité des vaccins et notamment ses effets indésirables ; (3) la couverture vaccinale satisfaisante visant à protéger la population et notamment les plus fragiles.

Cette question est assez bien balisée juridiquement car, de longue date, il existe des obligations vaccinales pour accéder à certains services (école, garderie, colonie de vacances ou autre collectivité d'enfants<sup>i</sup>), se rendre dans certains territoires ultramarins (vaccination contre la fièvre jaune pour entrer en Guyane<sup>ii</sup> ou pays étrangers) ou exercer des professions médicales<sup>iii</sup>. Hormis les cas énoncés, aucun vaccin n'est obligatoire en France pour les adultes.

En mars 2012 (Solomakhin c/ Ukraine), la Cour Européenne des Droits de l'Homme a déjà eu l'occasion d'estimer, dans la mesure où le droit à l'intégrité physique fait partie de ce droit, qu'une vaccination obligatoire constitue une ingérence dans la vie privée. Toutefois, au regard de l'article 8§2 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, une telle ingérence apparaît licite dès lors que l'obligation vaccinale repose sur des considérations de santé publique et qu'elle reste proportionnée à l'objectif poursuivi.

Dans la même optique, le 08 Avril 2021, la Cour Européenne des Droits de l'Homme a rendu un arrêt relatif au refus de la vaccination infantile obligatoire : Vavříčka et autres c. République tchèque. La CEDH jugeait une affaire dont elle a été saisie en 2013 et 2015 par des parents qui estimaient que la vaccination obligatoire de leurs enfants imposée par la République tchèque violait l'article 8 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, qui garantit le « droit au respect de la vie privée et familiale ».

Pour Nicolas Hervieu, Juriste spécialiste de la CEDH « *cet arrêt vient conforter la possibilité d'une obligation vaccinale sous conditions dans l'actuelle épidémie de Covid-19* » sachant que « *la marge d'appréciation est laissée par la Cour aux États dans leur politique de vaccination* » et rappelle que la décision de la CEDH fait « *le constat d'un consensus général sur les effets bénéfiques de la*

vaccination qui ne sont pas remis en cause par les effets secondaires inévitables, dès lors qu'il y a un contrôle scientifique strict »<sup>iv</sup>. Les juges européens énoncent « le principe de solidarité sociale qui peut justifier que l'on impose la vaccination à tous, même ceux qui se sentent moins menacés par la maladie, dès lors qu'il s'agit de protéger les personnes les plus vulnérables ».

Il faut rappeler que cet arrêt rendu par la CEDH en avril 2021 concerne un cas bien précis : les vaccins obligatoires pour les enfants. La question qui se pose est celle de savoir si cette décision pourrait avoir un impact sur la politique vaccinale française actuelle, sachant que l'Etat reste libre de choisir sa politique vaccinale : obligation ou incitation au vaccin.

Cependant, pour de nombreux juristes, conditionner l'accès à certains lieux, « revient à créer une obligation vaccinale ». Pour Xavier Bioy, Professeur des Universités en Droit Public de l'Université Toulouse « Interdire l'accès à une longue liste de lieux ou de services – sans distinguer d'ailleurs services publics et lieux privés – à toute personne non vaccinée, cela revient à créer une obligation vaccinale ». Le vaccin contre le Covid-19 n'est pas obligatoire. Or, « il faut d'abord décider qu'un vaccin est obligatoire pour décider ensuite qu'il y a des sanctions pour ceux qui ne se font pas vacciner »<sup>v</sup>.

Jean-Philippe Derosier, Professeur de Droit public à l'Université de Lille y voit aussi une « incohérence » juridique : « Les actes quotidiens de la vie vont requérir le vaccin, si bien que, en réalité, il sera obligatoire sans le dire. C'est cette incohérence, ou le caractère excessif des restrictions de la liberté d'aller et venir et de la liberté individuelle, qui pose problème dans cet article du projet de loi. »<sup>vi</sup>

---

<sup>i</sup> Depuis le 1er janvier 2018, la loi a rendu obligatoires onze vaccins pour les enfants de moins de 2 ans (diphtérie, tétanos, poliomyélite, coqueluche, rougeole, oreillons, rubéole, hépatite B, méningocoque C, pneumocoque et Haemophilus influenzae b

<sup>ii</sup> Depuis 1967, l'entrée en Guyane est subordonnée à la présentation d'un certificat de vaccination anti-amarille à jour ou d'un certificat de contre-indication médicale à cette vaccination (article R3115-63 du code de la santé publique

<sup>iii</sup> Des vaccinations obligatoires sont imposées aux étudiants des professions médicales et paramédicales, aux professionnels exposés des établissements de prévention, de soin ou hébergeant des personnes âgées (y compris les ambulanciers), aux personnels des laboratoires d'analyses médicales et aux thanatopracteurs (généralement les vaccins contre l'hépatite B, la typhoïde, la diphtérie, le tétanos ou la poliomyélite).

<sup>iv</sup> La vaccination obligatoire est « nécessaire dans une société démocratique », juge la Cour européenne des droits de l'homme. Le Monde, 8 avril 2021. [https://www.lemonde.fr/sante/article/2021/04/08/la-vaccination-obligatoire-est-necessaire-dans-une-societe-democratique-juge-la-cour-europeenne-des-droits-de-l-homme\\_6076020\\_1651302.html](https://www.lemonde.fr/sante/article/2021/04/08/la-vaccination-obligatoire-est-necessaire-dans-une-societe-democratique-juge-la-cour-europeenne-des-droits-de-l-homme_6076020_1651302.html)

<sup>v</sup> [https://www.francetvinfo.fr/sante/maladie/coronavirus/vaccin/covid-19-le-passeport-vaccinal-serait-il-legal\\_4238285.html](https://www.francetvinfo.fr/sante/maladie/coronavirus/vaccin/covid-19-le-passeport-vaccinal-serait-il-legal_4238285.html)

<sup>vi</sup> <https://constitutiondecodee.fr/author/constitutiondecodee/page/4/>