Conseil constitutionnel
2, rue de Montpensier
75001 Paris

A l'attention de :
Monsieur le Président du Conseil
Mesdames et Messieurs les membres du Conseil

Paris, le 18 janvier 2022

Par courriel

Objet : Contribution extérieure à la saisine 2022-835 DC concernant le projet de loi du 16 janvier 2022 renforçant les outils de gestion de la crise sanitaire et modifiant le code de la santé publique

Monsieur le Président,
Mesdames et Messieurs les membres du Conseil,

Au nom du Cercle Droit & Liberté, nous avons l'honneur de vous faire parvenir une contribution extérieure dans le cadre de votre examen *a priori* du projet de loi *renforçant les outils de gestion de la crise sanitaire et modifiant le code de la santé publique*, adopté en session ordinaire le 16 janvier 2022 (le « **Projet de Loi** »).

Notre association de loi 1901, regroupe plus de 500 étudiants et professionnels du droit et a pour objet la défense et la protection des libertés publiques et individuelles des citoyens français.

Ce Projet de Loi vient porter atteinte à de nombreux droits et libertés (liberté du commerce et de l'industrie, liberté du travail, liberté d'aller et venir, droit au respect de la vie privée, etc) ce que d'autres contributeurs n'ont pas manqué de relever. Souhaitant contribuer efficacement au débat, nous nous contenterons dès lors dans cette contribution d'aborder les points suivants :

I. **L'absence d'adéquation à l'objectif à valeur constitutionnelle de protection de la santé publique**
II. **Une obligation vaccinale non prévue par la loi**
III. **Une rupture du principe d'égalité**

Espérant que les développements ci-dessous pourront servir votre analyse, nous vous prions d'agréer, Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs les membres du Conseil, l'expression de notre plus haute considération.

Me Thibault Mercier
Président du Cercle Droit & Liberté
Avocat au barreau de Paris

Me Lorène Bourdin
Membre du Cercle Droit & Liberté
Avocat au barreau de Paris

M. Guillaume Leroy
Responsable du pôle affaires publiques
Doctorant en droit

I. L'absence d'adéquation à l'objectif à valeur constitutionnelle de protection de la santé publique

Aux termes du onzième alinéa du préambule de la Constitution de 1946, la Nation doit garantir *« à tous la protection de la santé ».* Le juge constitutionnel en a ainsi déduit, au fil de sa jurisprudence, un principe constitutionnel de protection de la santé publique, érigé ensuite en objectif à valeur constitutionnelle.

La normativité des objectifs à valeur constitutionnelle a fait l'objet d'intenses débats doctrinaux : véritables « *codes de conduite législatif*[1] » pour certains, leur caractère normatif fut relativisé par une partie de la doctrine, à l'instar du Professeur Ardant, qui ne voyait en ces objectifs qu'une « *orientation* » ou une simple « *technique d'interprétation*[2] ».

Force est de constater que la jurisprudence constitutionnelle a consacré la théorie normativiste. En effet, les objectifs à valeur constitutionnelle sont devenus des véritables « *instruments de limitation des droits fondamentaux*[3] », utilisés par le Conseil constitutionnel pour assurer la conciliation des droits définis par ces objectifs avec d'autres droits et libertés constitutionnels.

Ainsi, le législateur peut limiter une liberté constitutionnelle, à condition de promouvoir, lors de l'adoption d'une loi, un des objectifs à valeur constitutionnel déterminé par le Conseil constitutionnel. L'objectif à valeur constitutionnel de protection de la santé publique a été utilisé à maintes reprises lors de l'adoption de lois de gestion de la crise sanitaire. Ainsi dans sa décision du 5 août 2021, le Conseil a confirmé la constitutionnalité de la loi du passe sanitaire, au motif que « *le législateur a poursuivi l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé*[4] *».*

Dans son Projet de Loi *,* le gouvernement a renouvelé sa volonté d'assurer « *la protection de la santé publique* ». En revanche, le projet de loi substitue « *la lutte contre l'épidémie de Covid-19* » à « *la lutte contre la propagation de l'épidémie de Covid-19* », comme second objectif à atteindre.

Toutefois, la simple invocation d'un tel objectif au soutien d'une loi ne peut permettre de justifier, à elle seule, l'atteinte à des libertés constitutionnelles. Le Conseil, dans sa décision du 27 novembre 2001 a dévolu, tant au législateur qu'au Gouvernement, le soin de déterminer les modalités de la mise en œuvre des mesures visant à promouvoir l'objectif à valeur constitutionnelle de protection de la santé publique[5].

Les mesures envisagées doivent par ailleurs être appropriées à l'objectif promu par le projet de loi. Ce contrôle d'adéquation, mis en œuvre par le Conseil constitutionnel depuis 1995[6], consiste, pour les sages, à vérifier que les dispositions du projet de loi permettent de garantir l'objectif à valeur

---

[1] Pierre de Montalivet, *Les objectifs à valeur constitutionnelle*, Cahier du Conseil Constitutionnel n°20 – Juin 2006

[2] Philippe Ardant, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, coll. « Manuels », 17e éd., 2005, p. 123, § 95

[3] François Luchaire, *Brèves remarques sur une création du Conseil constitutionnel : l'objectif de valeur constitutionnelle,* RFD const., n° 64, 2005, p. 678

[4] Décision n°2021-824 DC du 5 août 2021

[5] Décision n°2001-451 DC du 27 novembre 2001

[6] Décision n°95-369 DC du 28 décembre 1995

constitutionnelle invoqué. Dans la décision rendue le 15 décembre 2005 relative à la loi de financement de la sécurité sociale pour 2006, le Conseil a ainsi considéré que la procédure de regroupement familial « *ne méconnaît ni le dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, ni le principe d'égalité, dès lors qu'elle fixe à cet égard des règles adéquates*[7] ».

Les dispositions du présent projet de loi prévoient plusieurs mesures, dont le passage d'un « *passe sanitaire* » à « *un passe vaccinal* », dans tous les établissements mentionnés à l'article 1er de la loi du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire, à l'exception des hôpitaux.

Concrètement, seules les personnes ayant suivi un schéma vaccinal complet pourront disposer d'un document leur permettant d'accéder à ces lieux. La fourniture d'un résultat de dépistage négatif au Covid-19 ne permettra donc plus aux individus non-vaccinés d'avoir accès aux activités et établissements recevant du public.

Ainsi, il sera donc possible, de l'aveu du Premier Ministre[8], pour une personne infectée par le Covid-19 de voyager en train, dès lors que cette personne peut justifier d'un schéma vaccinal complet, alors qu'un individu non-vacciné ne peut voyager, quand bien même il pourrait présenter un dépistage du Covid-19 négatif, de moins de vingt quatre heures. Dès lors, le « *passe vaccinal* » n'empêchera pas l'épidémie de se propager, à l'instar du « *passe sanitaire* » dont la mise en œuvre n'a pas permis d'éviter que les records de contamination soient battus tous les jours depuis le 15 décembre.

Cette nouvelle mesure de lutte contre l'épidémie de Covid-19 est donc inadaptée à l'un des buts annoncés par le Ministre de la Santé lors de son audition devant la Commission des lois de l'Assemblée nationale : « *Les mailles doivent se resserrer pour garantir que les lieux qui reçoivent du public sont indemnes de gens potentiellement contagieux*[9] ».

Olivier Véran a aussi admis, le 29 décembre 2021, que le « *passe vaccinal* » visait « *à presser les non-vaccinés indifférents* [à la vaccination] *plutôt qu'à convaincre les sceptiques*[10] ». La vaccination étant efficace à 90% contre les formes graves de la maladie[11], une mesure qui pousserait à suivre un schéma vaccinal complet serait une mesure de protection de la santé des personnes à risques.

Toutefois, le Ministre de la Santé a précisé que « *les indifférents* » auxquels il faisait référence étaient le « *plus souvent les jeunes* ». Or, il convient de préciser que les populations les plus jeunes ne contractent que très peu de formes graves de la maladie (probabilité d'admission en réanimation dans la tranche d'âge 20-39 ans : 1,63/100.000[12]). L'aspiration portée par le Ministre de la Santé de

---

[7] Décision n°2005-528 DC du 15 décembre 2005

[8] Interview de Monsieur Jean Castex, Premier ministre, sur BFM TV, 6 janvier 2022

[9] Audition de Monsieur Olivier Véran, ministre des solidarités et de la santé, sur le projet de loi renforçant les outils de gestion de la crise sanitaire et modifiant le code de la santé publique, à l'Assemblée nationale le 29 décembre 2021

[10] Ibid

[11] Agence Nationale de sécurité du médicament et des produits de santé, *La vaccination est efficace à plus de 90% pour réduire les formes graves de Covid-19 chez les personnes de plus de 50 ans en France*, 12 octobre 2021

[12] Donnée de Santé publique France, *nombre de lits de réanimation occupés à l'hôpital pour Covid-19 par tranche d'âge*, 12 janvier 2022

presser les « *indifférents* » vers la vaccination ne permettra ni de juguler la propagation de l'épidémie, ni d'éviter la multiplication des formes graves de la maladie, d'où il ressort que le « *passe vaccinal* » ne favorise pas la protection de la santé publique.

Enfin, « *le passe vaccinal* » est présenté par le gouvernement comme un moyen de parer à la surcharge des services hospitaliers de soins critiques. En effet, Olivier Véran fait, à de multiples reprises, le lien entre les 8% des Français non-vaccinés et la saturation des services hospitaliers. Selon lui, le « *passe vaccinal* » permettra d'éviter que les services hospitaliers ne se trouvent dans l'obligation de refuser des patients en soins critiques. Là encore, une précision doit être apportée : la tension en soins critiques n'est que de 76%[13]. Sur 19.604 lits que comptent ces services[14], à l'heure actuelle, 3852 patients atteints de Covid-19 sont pris en charge par les services de soins critiques[15]. Même à admettre que ce chiffre puisse doubler, la tension en service de soins critiques resterait inférieure à 100% sur l'intégralité du territoire. Les conséquences bénéfiques de la mise en œuvre du « passe vaccinal » sur l'engorgement des services de réanimation seront donc minimes, si ce n'est inexistantes puisque le pic d'admission en soins critiques est d'ores et déjà atteint, selon le Conseil Scientifique[16].

Le « *passe vaccinal* » n'ayant donc vraisemblablement aucun effet que ce soit sur la propagation de l'épidémie, sur le nombre de cas graves ou sur la tension des services de réanimation, il est possible de conclure que cette mesure n'est pas adaptée à l'objectif à valeur constitutionnelle de protection de la santé publique.

Dès lors, cet objectif ne peut être utilisé par le législateur comme justification aux restrictions de libertés constitutionnelles.

II. <u>Une obligation non prévue par la loi</u>

La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, à travers son article 5, érige la loi comme seule source d'obligation : « *Tout ce qui n'est pas défendu par la Loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas* ».

Toutefois, le passe vaccinal est conçu comme un moyen d'empêcher tout citoyen, ne justifiant pas d'un schéma vaccinal complet, de pouvoir mener une vie professionnelle, familiale et sociale normale. Cette contrainte se traduit par l'interdiction de pouvoir emprunter des transports en commun ou de se rendre dans des lieux de la vie quotidienne qui leur était accessible jusqu'à présent, sur présentation d'un résultat de test de dépistage négatif.

Dès lors, le passe vaccinal revient à rendre *de facto* obligatoire la vaccination contre la Covid-19 pour pouvoir accomplir des activités essentielles de la vie quotidienne. Le Ministre de la Santé, Olivier

---

[13] Donnée de Santé publique France, *tension en soins critiques en France*, 16 janvier 2022
[14] Direction de la recherche, des études, de l'évaluation et des statistiques, *Nombre de lits de réanimation, de soins intensifs et de soins continus en France fin 2019*, 23 juin 2021
[15] Donnée de Santé publique France, *nombre de lits de réanimation occupés à l'hôpital pour Covid-19,* 12 janvier 2022
[16] Déclaration du Professeur Arnaud Fontanet sur BFMTV, 6 janvier 2022

Véran, a d'ailleurs officiellement reconnu l'existence d'une obligation vaccinale indirecte en concédant que « *le passe vaccinal est une forme déguisée d'obligation vaccinale*[17] ».

Néanmoins, le Projet de Loi ne prévoit aucune obligation vaccinale, le passe vaccinal étant le seul nouvel outil de gestion de la crise sanitaire instauré.

Cette obligation indirecte, puisque non prescrite par la loi, est en contradiction frontale avec les dispositions de l'article 5 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen. La violation de ce principe constitutionnel aboutirait à priver de leurs droits fondamentaux des citoyens qui ne se sont pourtant soustraits à aucune obligation instituée par la loi.

Par ailleurs, dans sa décision du 5 août 2021[18], le Conseil constitutionnel a emprunté le même raisonnement pour valider l'instauration du « *passe sanitaire* » au motif que les dispositions portant sa création « *n'instaurent, en tout état de cause, ni obligation de soin ni obligation de vaccination* ». En admettant la constitutionnalité du « *passe vaccinal* » et donc la conformité d'une obligation vaccinale indirecte, le Conseil constitutionnel irait à l'encontre de sa propre jurisprudence, ce qui nuirait à sa légitimité juridique.

Plus encore, cette contrainte à la vaccination, non prévue par la loi, est constitutive d'une violation manifeste du principe de consentement libre et éclairé à un acte médical.

Ce droit fondamental exige que le consentement du patient ne doit pas être obtenu sous la contrainte. Il est le corollaire du principe d'intégrité du corps humain et de dignité de la personne. Par décision du 27 juillet 1994 relative aux lois sur la bioéthique, le Conseil constitutionnel a lié ce principe du consentement à celui de la dignité de la personne en en faisant un principe de valeur constitutionnelle fondé sur le premier alinéa du Préambule de la Constitution de 1946[19].

De rares exceptions au consentement libre sont admises : Par décision du 20 mars 2015, le Conseil constitutionnel a considéré que le législateur peut définir une politique de vaccination obligatoire et donc s'affranchir du consentement des personnes « *afin de protéger la santé individuelle et collective*» (Décision 2015-458 QPC du 20 mars 2015). Ont ainsi été reconnues conformes à la Constitution les obligations vaccinales antidiphtérique, antitétanique et antipoliomyélitique, imposées aux enfants mineurs.

En dehors de l'existence d'une obligation vaccinale imposée par la Loi, le consentement libre et éclairé du patient est requis pour tout acte médical libre, en ce inclus la vaccination contre la Covid 19.

L'instauration d'un passe vaccinal viole ce principe fondamental dès lors qu'il subordonne le droit d'accomplir des activités essentielles de la vie quotidienne au fait de s'être fait inoculer un vaccin contre la Covid 19, alors que ce dernier n'est pas obligatoire.

---

[17] Déclarations du Ministre des solidarités et de la santé sur France Inter et Brut, 18 décembre 2021
[18] Décision n° 2021-824 DC du 5 août 2021, §44
[19] Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994

Le fait de conditionner l'exercice de droits et libertés fondamentales à l'accomplissement d'un acte médical remet nécessairement en cause le caractère « *libre* » de cet acte médical et du consentement du patient à le recevoir.

III. L'atteinte disproportionnée à la liberté d'aller et venir

Le Projet de Loi autorise les personnes non vaccinées à utiliser les transports publics interrégionaux uniquement en cas de *« motifs impérieux d'ordre familial ou de santé »,* sans avoir prévu aucun autre motif de déplacement. Pourtant, la liberté d'aller et venir est une liberté constitutionnelle garantie textuellement[20] mais aussi par la jurisprudence[21] du Conseil constitutionnel.

La liberté d'aller et venir étant la matrice d'autres droits fondamentaux constitutionnellement garantis, sa violation risque de remettre en cause les droits les plus élémentaires des personnes non vaccinées, qui ne pourront plus se rendre en certain lieu tel que :

- sur leur lieu de travail ou à un rendez-vous professionnel dans une autre région, alors même que leur emploi n'est pas soumis à l'obligation vaccinale, ce qui est constitutif d'une grave atteinte au droit de travailler[22] et à la liberté d'entreprendre[23] qui ont tous deux valeur constitutionnelle.

  Il est rappelé que les transports interrégionaux sont un rouage essentiel de l'économie du pays où nombre des activités sont centralisées à Paris et dans des grandes villes de province, et que nombre de travailleurs résident en dehors de ces métropoles. Une telle atteinte pourrait aboutir à la perte d'emploi de citoyens qui se trouveraient dans l'incapacité d'accomplir leur travail alors qu'ils ne sont soumis à aucune obligation vaccinale contre la Covid 19.

- aux lieux d'enseignement et de formation situés dans une autre région. La liberté de l'enseignement comprend le droit de fréquenter l'établissement de formation de son choix et « *constitue l'un des Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, réaffirmés par le Préambule de la Constitution de 1946 et auxquels la Constitution de 1958 a conféré valeur constitutionnelle*[24] » (Décision n° 77-87 DC du 23 novembre 1977).

- à une convocation administrative ou judiciaire. Les citoyens se trouveraient privés de la possibilité de répondre à une convocation judiciaire, ce qui constitue une grave atteinte aux droits de la défense et au droit à un procès équitable qui ont valeur constitutionnelle[25]. Ils ne pourraient pas non plus se rendre chez un professionnel du droit pour un acte ou une démarche administrative qui ne peut être réalisé à distance.

Le caractère disproportionné de la restriction de libertés infligée aux personnes non-vaccinées est flagrant puisque celles-ci vont se voir appliquer une mesure plus sévère encore qu'un confinement

[20] Articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen
[21] Décisions n° 79-107 DC du 12 juillet 1979 et n° 2033-467 DC du 13 mars 2003
[22] Alinéa 5 du Préambule du 27 octobre 1944
[23] Article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen
[24] Décision n°77-87 DC du 23 novembre 1977
[25] Décision n°2006-535 DC du 30 Mars 2006

strict : même en période de confinement, ces personnes avait la possibilité d'utiliser les transports en commun « *longue distance* » pour motif professionnel, de santé, familial ou pour se rendre à une convocation judiciaire ou administrative.

La limitation des motifs de déplacements par transports inter-régionaux aux seuls « *motifs impérieux d'ordre familial ou de santé* » provoque une atteinte disproportionnée aux différentes libertés constitutionnelles susvisées, d'autant que cette mesure ne poursuit pas l'objectif de protection de la santé publique (voir *supra*).

IV. Une rupture du principe d'égalité des citoyens

L'égalité entre les citoyens est consacrée est un principe constitutionnel issu de l'article 1er de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen qui prévoit que « *Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits* ». Ce principe a aussi été inséré directement dans la Constitution de la Vème République, en son article 1er : « *la France (..) assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion* ».

Au terme d'une jurisprudence audacieuse, le Conseil constitutionnel considère que le législateur a tout pouvoir pour instaurer une exception à ce principe d'égalité entre citoyens : « *le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit*[26] » .

Le législateur est toutefois tenu de fonder son appréciation « *sur des critères objectifs et rationnels en fonction des buts qu'il se propose*[27]». De plus, les critères retenus doivent être en rapport direct avec l'objectif poursuivi[28].

Or il n'existe aucun fondement scientifique ou rationnel qui justifierait une telle différence de traitement à l'encontre des personnes non vaccinées pour atteindre cet objectif.

Il est en effet établi depuis des mois que le vaccin n'empêche ni d'être contaminé ni de contaminer les autres. M. Ugur Sahin, PDG de BioNTech – l'entreprise allemande à l'origine du vaccin à ARN messager produit avec Pfizer – a lui-même déclaré publiquement que « *le vaccin n'arrêtera pas la pandémie à lui tout seul* » et que « *même les triples vaccinés sont susceptibles de transmettre la maladie*[29]».

C'est d'ailleurs pour cette raison que de nombreux pays avec une couverture vaccinale encore plus élevée que celle de la France, tels que Gibraltar et le Portugal, ont connu eux aussi une augmentation significative des cas de Covid 19.

Si l'objectif est d'instaurer une mesure limitant la propagation de l'épidémie, comment justifier qu'une personne qui rapporte la preuve d'un test de dépistage négatif serait plus dangereuse que

[26] Décision n° 96-375 DC du 9 avril 1996
[27] Décision n° 2012-662 DC du 29 décembre 2012
[28] Décision n° 2009-599 DC du 29 décembre 2009
[29] Déclaration de d'Ugur Sahin, PDG de Bio N'Tech, Le Monde, 21 décembre 2021

celle le détenteur d'un passe vaccinal susceptible susceptible d'être porteur du virus ? Force est de constater que ni le Gouvernement ni les débats parlementaires n'ont jamais fourni de réponse à cette question.

La revue scientifique médicale britannique « The Lancet » a publié un article alertant sur le fait que « *la stigmatisation des personnes non vaccinées n'est pas justifiée* », en soulignant que « *les personnes vaccinées ont un risque plus faible de maladie grave, mais sont toujours un élément important de la pandémie. Il est donc faux et dangereux de parler de pandémie de non vaccinés*[30]»

Le Syndicat de la Médecine Générale à lui-même alerté, par communiqué de presse du 22/12/2021 que *« limiter les droits fondamentaux et les soins aux non vacciné·e·s n'arrêtera pas la pandémie de Covid 19* » et que *« l'argument de la vaccination indispensable pour « soulager l'hôpital public » est dangereux. Les difficultés d'accès aux soins ne relèvent pas de la responsabilité des individu·e·s : ce sont les gouvernant·e·s qui dégradent les services publics*[31] *»*

Enfin, cette différence de traitement à l'égard des non-vaccinés souffre d'une contradiction majeure: si le vaccin est efficace, pourquoi serait-il nécessaire de « *protéger* » les personnes vaccinées des personnes non-vaccinées ?

Les personnes non vaccinées pourvues d'un résultat de test de dépistage négatif ne présentent aucun risque de contribuer à la propagation du virus. Elles ne sont pas non plus la cause de la saturation des hôpitaux. Il n'existe donc aucun fondement objectif à la différence de traitement qui consiste à les exclure de la vie publique.

Il est manifeste que le véritable objectif du passe vaccinal n'est pas de protéger les français mais de stigmatiser ceux qui ne sont pas vaccinés, que le Président de la République a lui-même assumé vouloir « *emmerder* », jusqu'à les qualifier d' « *irresponsables* » qui ne mériteraient pas la qualité de « *citoyen* »[32].

L'instrumentalisation d'un dispositif de contrôle – déjà en lui-même inédit dans notre Etat de droit – afin de discriminer et déchoir de leur « *citoyenneté* » des millions de français qui n'ont pourtant enfreint aucune loi, avec une stratégie de bouc-émissaire évidente, marque une grave dérive de nos institutions que le Conseil constitutionnel ne peut avaliser.

V. <u>L'atteinte à l'identité constitutionnelle de la France par une vérification d'identité dévoyée</u>

L'article 1er I, B du Projet de Loi prévoit que « *lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser que le document présenté ne se rattache pas à la personne qui le présente, les personnes et services autorisés à en assurer le contrôle peuvent demander à la personne concernée de produire un document officiel comportant sa photographie afin de vérifier la concordance entre les éléments d'identité mentionnés sur ces documents* ».

[30] The Lancet, *Covid-19 : stigmatising the unvaccinated is not justified*, Günter Kampf, 20 novembre 2021
[31] Communiqué de presse du Syndicat de la Médecine Générale, 22 décembre 2021
[32] Déclarations d'Emmanuel Macron, Président de la République, au Parisien, 4 janvier 2022

En d'autres termes, les personnes chargées de contrôler le « *passe vaccinal* » pourront, par la même occasion, vérifier l'identité de son détenteur.

Les restaurateurs, cafetiers, le personnel de salles accueillant du public, pourront désormais exiger la présentation d'un document officiel *(passeport, permis de conduire ou carte nationale d'identité)* en sus du passe qui leur sera présenté.

Au delà de l'absence de définition des « *raisons sérieuses* » - critiquable à bien des égards - qui amènent à exiger de toute personne de produire un document d'identité, il convient de se concentrer sur la nature même de cette faculté octroyée par le législateur aux personnes chargées de contrôler le « *passe vaccinal* ».

En effet, le député Yaël Braun-Pivet, Présidente de la commission des lois de l'Assemblée nationale, a présenté cette disposition comme une « *vérification de cohérence entre deux document*s[33]», à savoir un document d'identité et le « *passe vaccinal* ». Toutefois, elle s'est gardée de préciser que pour que cette vérification de cohérence puisse se produire, il est nécessaire de pouvoir exiger la présentation d'un document officiel d'identité.

Ainsi, la simple « *vérification de cohérence entre deux document*s[34]» a pour préalable l'obligation pour la personne contrôlée de justifier de son identité. Or, au terme de l'article 78-2 du Code de procédure pénale, le fait d'inviter une personne à justifier de son identité est constitutive d'un contrôle d'identité.

Selon cette même disposition, le pouvoir de procéder à un tel contrôle n'est confié qu'aux «*officiers de police judiciaire et, sur l'ordre et sous la responsabilité de ceux-ci, les agents de police judiciaire et agents de police judiciaire adjoints mentionnés aux articles 20 et 21-1*[35]». Le contrôle d'identité étant une mesure contraignante, il est tout à fait cohérent que cet acte relève du monopole de la force légale, qui n'appartient qu'au force de l'ordre.

A ce titre, le Conseil constitutionnel, dans une décision du 15 octobre 2021, a considéré que ce monopole de la force légale était un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France[36] et qu'il ne pouvait être délégué à une personne privée.

Cette notion de « *principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France* » a été dégagée par le Conseil constitutionnel afin d'édicter une exception à l'obligation constitutionnelle de transposition des directives[37]. Toutefois, même si le « *passe vaccinal* » ne relève pas du droit communautaire, il est impensable qu'une loi, de quelque nature que ce soit, puisse ostensiblement contrevenir à un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France. Dès lors, le Conseil constitutionnel n'a d'autres choix que de censurer l'article 1er I, B du Projet de Loi.

[33] Déclaration de Yaël Braun-Pivet sur CNEWS, 16 janvier 2021
[34] Ibid.
[35] Article 78-2 du Code de procédure pénale
[36] Décision n°2021-940 QPC §15 , 15 octobre 2021
[37] Décision n° 2006-961 DC du 1er août 2006