ASSEMBLÉE NATIONALE

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
LIBERTÉ - ÉGALITÉ - FRATERNITÉ

Groupe les Républicains

Le Président

Paris, le

5 Novembre 2021

Monsieur le Président,

Conformément au second alinéa de l'article 61 de la Constitution, nous avons l'honneur de déférer au Conseil constitutionnel la loi portant diverses dispositions de vigilance sanitaire.

A cet effet, vous voudrez trouver, ci-joint, la liste des signataires de ce recours ainsi qu'un mémoire développant les motifs de la saisine.

Nous vous prions de croire, Monsieur le Président, à l'expression de notre haute considération.

Damien ABAD.

Monsieur Laurent FABIUS
Président du Conseil constitutionnel
2, rue Montpensier
75001 PARIS

2021-828 DC - Reçu au greffe du Conseil constitutionnel le 5 novembre 2021

Saisine du Conseil constitutionnel

PAR DES DEPUTES DU GROUPE LES REPUBLICAINS

DE L'ASSEMBLEE NATIONALE

SUR LA LOI N°685 PORTANT DIVERSES DISPOSITIONS DE VIGILANCE SANITAIRE

Monsieur le Président,

Mesdames et Messieurs les conseillers,

Conformément au deuxième alinéa de l'article 61 de la Constitution, les députés soussignés ont l'honneur de vous déférer l'ensemble de la loi telle qu'elle a été adoptée par le Parlement le 5 novembre 2021.

Ils estiment que la loi déférée porte atteinte à plusieurs principes et libertés constitutionnels.

A l'appui de cette saisine, sont développés les griefs suivants.

SUR LE CUMUL DES RÉGIMES D'EXCEPTION

Cette loi donne la possibilité de proroger deux régimes d'exception avec une mise à l'écart criante du Parlement.

L'article 1er de la loi déférée permet de décréter l'état d'urgence sanitaire, premier régime d'exception et le plus attentatoire aux libertés, jusqu'au 31 juillet 2022.

Son article 2 proroge, quant à lui, un régime dit « transitoire », organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire, jusqu'au même terme. Quoiqu'il n'en porte pas le nom, ce régime est tout aussi exceptionnel que le premier, en ce qu'il permet de prendre des mesures dérogatoires au droit commun (que l'état d'urgence sanitaire permet également), pour une durée limitée. Deux régimes d'exception sont donc parallèlement applicables. Certes, ils le sont bien de façon parallèle, non concomitante, puisque le second ne s'applique que là où le premier ne s'applique plus.

Néanmoins, depuis le précédent de 1961 (et un état d'urgence qui dura jusqu'au 25 octobre 1962 sans que, jamais, le Parlement ne soit consulté à son sujet) et donc le dernier en date d'il y a pratiquement un an jour pour jour avec la *loi n° 2020-1379 du 14 novembre 2020 autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire et portant diverses mesures de gestion de la crise sanitaire,* jamais un tel blanc-seing n'a été octroyé au Gouvernement, pour qu'il puisse agir dans le cadre d'un régime d'exception sans plus aucune intervention du Parlement. Et si cette dernière venait proroger l'état d'urgence sanitaire pendant trois mois, tout en maintenant et en prorogeant également le régime d'exception transitoire issu de la loi du 9 juillet 2020 jusqu'au 1er avril 2021, la loi que nous déférons aujourd'hui permet une prolongation pendant plus de huit mois consécutifs. Huit mois ! Rien ne justifie une si longue durée quand la situation sanitaire d'aujourd'hui est bien différente de celle d'il y a un an, voire d'il y a près de deux ans : rappelons quelques faits objectifs : il y a des masques (et même aujourd'hui des assouplissements de ceux-ci, étant donné que dans certains départements le masque n'est plus obligatoire dans les écoles), des vaccins : près de 87 % de la population de plus de 12 ans est vaccinée avec un schéma complet (dont 90 % des plus de 60 ans sont vaccinés), une baisse notable de la contamination et du taux d'incidence puisqu'au 1er novembre il s'élève à 53,7.

Nous estimons donc qu'il n'y a un déséquilibre entre la conciliation de l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé et la garantie des droits et libertés fondamentaux alors même que dans le cas de l'état de siège (article 36 de la Constitution), il est prévu « *sa prorogation au-*

delà de douze jours ne peut être autorisée que par le Parlement ». Tel est aussi le cas (même si le contexte est différent), du régime prévu par l'article 16 de la Constitution, qui impose que, en dépit des circonstances exceptionnelles et de l'interruption du « *fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels* », « *le Parlement se réunit de plein droit* ». La Constitution prévoit donc que le Parlement doit de se réunir et être consulté dans des délais raisonnables. Le Parlement ne peut donc pas être mis à l'écart d'une crise, aussi importante soit-elle.

Et pourtant aujourd'hui, malgré un contexte sanitaire plus favorable que ces derniers mois, le Parlement est muselé. S'étant prononcé aujourd'hui même, dans des conditions de vitesse toujours aussi irrespectueuses pour le bon déroulement du débat démocratique, ce vendredi 5 novembre 2021, le Parlement ne pourra plus se prononcer sur la mise en œuvre de ces régimes d'exception avant le mois de juillet 2022 sauf si le Gouvernement décrète une nouvelle prorogation de l'état d'urgence sanitaire au-delà du 15 novembre 2021 - cette hypothèse nous semblant moins réalisable au vu du contexte que nous avons évoqué plus tôt - mais qui aurait comme résultat d'écraser le régime transitoire de sortie, dont la juxtaposition à l'état d'urgence sanitaire est un des motifs de notre contestation.

Par conséquent, pendant huit mois et demi, un premier puis un second régime d'exception pourront s'appliquer, l'un chassant l'autre, mais tout deux attentatoires aux libertés publiques, sans que le Parlement n'ait à en connaître, à en apprécier l'opportunité et surtout à en autoriser son application. Un blanc-seing est aujourd'hui délivré au pouvoir exécutif, qui pourra demain agir à sa guise alors que **toutes les libertés qui peuvent faire l'objet de restrictions sous l'égide de l'état d'urgence sanitaire puis du régime transitoire de sa sortie sont garanties par la Constitution** : la liberté d'aller et venir (articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789), la liberté de réunion et de manifestation – en tant que droit d'expression collective des idées et des opinions – (article 11 de la Déclaration de 1789), la liberté d'entreprendre (article 4 de la Déclaration de 1789).

La Constitution rappelle encore, dans son article 34, que « *la loi fixe les règles concernant (...) les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques* ».

Nous n'ignorons pas que « la Constitution n'exclut pas la possibilité pour le législateur de prévoir un régime d'état d'urgence » (parmi d'autres, décisions n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances,* n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015, M. Cédric D. [Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence]), jurisprudence étendue à l'état d'urgence sanitaire (décision n° 2020-800 DC du 11 mai 2020, *Loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions*) et que le Conseil constitutionnel a validé, par différentes décisions la possibilité de recourir à un régime transitoire de sortie de l'état d'urgence sanitaire et donc d'appliquer un régime d'exception (décision n° 2020-803 DC du 9 juillet 2020, *Loi organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire ,* décision n° 2020-808 DC du 13 novembre 2020 Loi *autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire et portant diverses mesures de gestion de la crise sanitaire*).

Si par ces précédentes décisions vous avez déclaré que ces régimes d'exception étaient justifiés par l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé et le respect des droits et libertés reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République, vous avez rappelé que c'est bien au législateur d'assurer cette conciliation. Rappelons, que parmi ces droits et libertés figurent la liberté d'aller et de venir, protégée par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789, le droit au respect de la vie privée garanti par cet article 2, la liberté d'entreprendre qui découle de cet article 4, ainsi que le

droit d'expression collective des idées et des opinions résultant de l'article 11 de cette déclaration » (décision n° 2020-800 DC du 11 mai 2020, précitée).

En se privant d'une intervention ultérieure pour apprécier la nécessité d'appliquer un régime transitoire de sortie de l'état d'urgence sanitaire lorsque ce dernier prendra fin, le législateur se prive d'une compétence que l'article 34 de la Constitution n'a confiée qu'à lui. Or, ce serait au pouvoir réglementaire que reviendrait éventuellement la possibilité de réactiver un nouvel état d'exception, attentatoire aux droits et libertés, pour une durée indéterminée mais ne pouvant pas excéder le terme du 31 juillet 2022. Ce faisant, le législateur confie au pouvoir réglementaire le soin de fixer des nouvelles règles concernant « les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques » que, pourtant, l'article 34 de la Constitution n'a confié qu'à lui-même.

Dans une précédente décision, vous avez considéré que, « dans les domaines de sa compétence, il est du pouvoir du législateur de fixer les conditions de mise en vigueur des règles qu'il édicte ». Cependant, « s'il lui est loisible de laisser au Gouvernement la faculté de fixer la date à laquelle produira effet l'abrogation d'une loi fixant des obligations imposées aux contribuables, il ne peut, sans par là même méconnaître la compétence qu'il tient de l'article 34 de la Constitution, lui conférer sur ce point un pouvoir qui n'est assorti d'aucune limite » (décision n° 86-223 DC du 29 décembre 1986, Loi de finances rectificative pour 1986, Rec. p. 183). L'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé et la lutte contre l'épidémie actuelle ne peuvent justifier que la garantie de l'État de droit soit aux seules mains du pouvoir exécutif et ce, pour une durée aussi longue.

Ainsi, en optant pour une simple prolongation, sans aucun encadrement, d'un droit d'exception particulièrement complexe fondé sur la superposition de deux régimes de lutte contre l'épidémie en grande partie concurrents, la majorité de l'Assemblée nationale a laissé toute latitude au Gouvernement dans l'exercice de ses prérogatives exceptionnelles, sans que le législateur puisse jouer son rôle dans l'appréciation du bien-fondé des contraintes susceptibles d'être imposées à nos concitoyens et porte atteinte au principe même de la séparation des pouvoirs tel que garanti par l'article 16 de la Déclaration de 1789.

Article 1er – Sur le principe de la prorogation de l'état d'urgence sanitaire

En prévoyant une prorogation potentielle de l'état d'urgence sanitaire d'une durée de plus de huit mois sans qu'il soit nécessaire que le Parlement intervienne à nouveau dans ce délai, les députés du Groupe LR considèrent, comme évoqué précédemment, qu'il n'y a pas d'équilibre entre l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé et les droits et libertés précités.

En responsabilité et sans jamais sous-estimer la gravité de la situation sanitaire, une prorogation potentiellement aussi longue, qui peut s'étendre jusqu'au 31 juillet 2022 du régime d'état d'urgence sanitaire créé par la loi du 23 mars 2020, qui enjamberait des élections présidentielles et législatives, est manifestement disproportionnée en ce qu'elle porte une atteinte indéniable aux libertés fondamentales constitutionnellement garanties sans que le Parlement puisse contrôler l'action du Gouvernement, ce qui serait conforme à la logique de la séparation des pouvoirs.

Si vous avez rappelé dans votre dernière décision n° 2020-808 DC du 13 novembre 2020 que "la Constitution n'exclut pas la possibilité pour le législateur de prévoir un régime d'état d'urgence sanitaire », vous avez déclaré qu' « il lui appartient, dans ce cadre, d'assurer la conciliation entre l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé et le respect des droits et libertés reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République. "

Si en mars 2020, la sidération et la propagation de l'épidémie ont pleinement justifié la possibilité pour le Premier ministre de prendre des mesures attentatoires aux droits et libertés constitutionnellement garantis, la durée du maintien de ce régime pendant une période aussi longue pose la question juridique de la compatibilité entre notre système d'État de droit et le caractère exorbitant du droit commun de l'état d'urgence sanitaire qui doit appeler une vigilance collective accrue.

L'article L. 3131-1 du code de la santé publique est donc devenu le nouveau régime de droit commun alors que les restrictions possibles qu'il octroie au premier ministre remettent en cause de manière durable, voire pérenne, les libertés sans qu'elles soient justifiées aujourd'hui par leur caractère adapté, nécessaire et proportionné. En effet, après deux années d'épidémie (!), la possibilité d'interdire la circulation des personnes et des véhicules ou encore la possibilité d'interdire aux personnes de sortir de leur domicile apparaît manifestement excessive au regard des nécessités sanitaires.

Ce recours à l'état d'urgence montre une crise de nos institutions démocratiques en période de crise, et en particulier celle du Parlement. Si le Parlement a des prérogatives de contrôle qui lui sont conférées par l'article 24 de la Constitution sur le fondement de l'article L. 3131-13 du code de la santé publique qui prévoit une information rapide et exhaustive de l'ensemble des mesures prises par le Gouvernement, de nombreux freins entravent ce contrôle : notamment une multiplication des habilitations sollicitées par le Gouvernement pour légiférer par voie d'ordonnance sans aucune ratification et qui, selon votre jurisprudence, leur confère, une fois passé le délai d'habilitation, la qualité de disposition législative.

Les marges de manœuvre des parlementaires lors de la discussion des projets de loi de prorogation, en raison du contrôle de recevabilité des amendements, se trouvent tout aussi limitées : soit ils refusent la prorogation, soit ils l'acceptent en l'état, soit ils tentent de réduire sa durée.

En refusant de solliciter le Parlement pendant plus de 8 mois - alors que ce dernier a montré à chaque fois et dans des conditions plus que déplorables pour le respect du débat démocratique sa réactivité (en adoptant en quatre jours la loi du 23 mars 2020), cette loi en devient contraire à la Constitution, laquelle garantit que le Parlement, siège de la représentation nationale (articles 3 et 24 de la Constitution) est l'organe habilité à voter la loi (même article 24), qui est elle-même l'expression de la volonté générale (article 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789).

Article 2 – prolongation du régime de sortie de l'état d'urgence sanitaire jusqu'au 31 juillet 2022

L'article 2 du texte prévoit l'extension significative du champ du dispositif **du régime de sortie de l'état d'urgence sanitaire jusqu'au 31 juillet 2022.**

Si le régime transitoire organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire est moins attentatoire aux libertés et droits fondamentaux constitutionnellement garantis que l'état d'urgence sanitaire, par le fait que les mesures sont plus appropriées eu égard aux circonstances de temps et de lieu, tout comme le permettent de nombreuses dispositions du droit commun, que les interdictions générales et absolues rendues possibles dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, l'article 2 organise, sans aucune clause de revoyure au Parlement, une prolongation de ce régime jusqu'au 31 juillet 2022 soit plus de 8 mois et demi après la fin du texte prévoyant une sortie dudit régime au 15 novembre 2021.

Pour autant ce régime n'en est pas moins un second état d'exception, les mesures pouvant être prises par l'exécutif restant attentatoires à de nombreuses libertés pour nos concitoyens.

Si nous avons pleinement conscience qu'il est impossible d'anticiper la situation sanitaire de la France dans huit mois, une telle continuité de l'état d'exception prive le Parlement de ses droits les plus élémentaires en période de crise et pour une durée qui est manifestement excessive au regard des chiffres sur la situation sanitaire, chiffres que nous avons évoqués précédemment.

S'il devait arriver un rebond de l'épidémie, le Gouvernement aurait tout à fait la possibilité de consulter à nouveau le Parlement pour solliciter une nouvelle prorogation du régime transitoire de sortie de l'état d'urgence sanitaire à n'importe quel moment, le Parlement ayant déjà montré sa réactivité à légiférer dans des délais extrêmement contraints. Et l'arrêt de la session ordinaire dû aux prochaines échéances électorales ne justifient en rien une prolongation aussi longue : le parlement pouvant se réunir avant le 27 février 2022 ou même après si la crise le justifie. Ce qui serait le cas si le Gouvernement souhaite prolonger le régime de sortie de l'Etat d'urgence sanitaire.

En opposant donc une fin de non-recevoir à l'exigence d'une nouvelle autorisation législative d'exercice des pouvoirs exceptionnels avant les prochaines échéances électorales, le Gouvernement fait obstacle au droit du Parlement d'exercer sans entrave sa mission constitutionnelle de protection des libertés. C'est en effet à la représentation nationale et à elle seule que revient dans sa diversité la prérogative d'apprécier régulièrement la proportionnalité et l'adaptation aux exigences de la santé publique des mesures de contrainte que le Gouvernement demande à être autorisé à prendre. Surtout quand les échéances prochaines concernent un renouvellement majeur de la démocratie. D'ailleurs le Gouvernement n'a même pas voulu ancrer dans le marbre de la loi l'interdiction de la présentation du passe sanitaire des lieux d'exercice de la démocratie. Le passeport sanitaire ouvre ainsi une voie à la neutralisation du processus démocratique puisque tous les bureaux de vote par exemple peuvent, en l'état actuel de la loi, voir leur accès restreint.

En procédant de la sorte, avec à la disposition du Gouvernement un régime d'exception pour les huit mois et demi à venir, le législateur ne peut donc opérer une conciliation équilibrée entre l'objectif à valeur constitutionnelle de protection de la santé publique et les autres droits et libertés susceptibles d'être en cause.

Article 9 – violation du secret médical

Le jeudi 21 octobre 2021, le Gouvernement a fait adopter l'amendement n°366, amendement qui est devenu le l'article 9.

Cet article déroge au secret médical en autorisant les directeurs d'école à accéder aux informations relatives au statut virologique des élèves, à l'existence de contacts avec des personnes contaminées ainsi qu'à leur statut vaccinal. Cet article contient donc aussi une disposition dérogeant au respect de la vie privée des personnes et du secret des informations les concernant. Et cette dérogation est massive puisqu'elle concerne tous les élèves des établissements d'enseignement scolaire du premier et du second degré. En outre, elle concerne des mineurs, qui méritent encore plus que d'autres d'être protégés. Et le tout, sans aucune consultation des médecins ni des directeurs d'école.

Il relève que la nécessité d'éviter des fermetures de classes, avancée par le Gouvernement, n'est assortie d'aucune précision sur des difficultés rencontrées aujourd'hui, ni a fortiori sur leur nombre. Le Conseil scientifique COVID-19, dans son avis du 13 septembre 2021, ne préconise d'ailleurs pas une telle option.

Rappelons que le principe du secret médical est absolument intangible. Seuls les médecins sont dépositaires de celui-ci. La mesure porte donc atteinte au secret médical, le statut vaccinal en faisant partie.

Le secret médical, défini dans le droit à l'article L 1110-4 du code de la santé publique, est aussi rattaché au droit de la vie privée, protégé par le Conseil constitutionnel sur le fondement de la liberté personnelle consacrée par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Si une *loi peut avoir la compétence de lever le secret médical, il faut que cette ingérence respecte plusieurs critères* en étant adéquate, nécessaire et proportionnée. Les critères ici ne sont clairement pas remplis car l'amendement en question concerne une population chez qui la vaccination n'est pas obligatoire, et un vaccin contre la Covid-19 qui ne l'est pas non plus. Mais cet amendement la rendrait donc obligatoire de facto. En effet, les directeurs d'école peuvent connaître certains vaccins parce qu'ils sont prévus de manière obligatoire par l'article L3111-2 du code de la santé publique. Or, en l'état la vaccination contre la Covid-19 n'est pas mentionnée dans cet article.

Donc si les directeurs d'école peuvent en connaitre de la vaccination contre la Covid-19, il faudrait donc comprendre que c'est une vaccination obligatoire selon cet amendement alors même que ce n'est pas prévu dans la loi.

En juin 2021, à l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité (décision 2021-917 QPC du 11 juin 2021), le Conseil constitutionnel a censuré une mesure donnant accès aux données médicales des fonctionnaires de la fonction publique « *lors de l'instruction des demandes de congé pour incapacité temporaire imputable au service* ». D'après le juge suprême, trop d'agents pouvaient avoir accès à ces dérogations. **Tel est le cas ici en l'espèce.**

En effet, les conditions de mise en œuvre opérationnelle n'ont nullement été précisées, or, ces mesures ne peuvent être justifiées que si leur application est limitée, qu'il s'agisse de leur durée des personnes concernées, ou des lieux où elles s'appliquent, et si elles sont de nature à prévenir efficacement des abus. Enfin puisque cette disposition porte sur la protection des données personnelles, la CNIL doit rendre un avis. Or, en l'espèce, elle n'a pas été consultée. Pourtant, déjà

dans son avis du 3 juin 2021, elle a précisé que le fichier de données centralisé sur les vaccinations et les statuts viraux liées à la COVID 19 ne pouvait être consulté que par des personnes soumises au respect du secret médical.

Enfin, cet article crée une rupture d'égalité entre élèves ente ceux qui pourraient bénéficier de l'instruction au regard de leur statut vaccinal et ceux qui ne pourraient pas.

Sur la forme :

L'article 39 de la Constitution dispose que le Conseil d'Etat rend un avis sur le projet de loi avant leur présentation et délibération en conseil des ministres. L'avis du Conseil d'Etat sur ce texte n'intègre pas la présente disposition, puisqu'elle est issue d'un amendement, de surcroit tardif, puisque déposé en séance, et même pas pour l'examen en commission des Lois.

Depuis la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008, le Gouvernement a l'obligation d'assortir chaque projet de loi d'une étude d'impact.

Comme le souligne Louise Seiler, « l'absence d'obligation d'étude d'impact affecte également les parlementaires, qui se trouvent **dans l'incapacité de se prononcer sur une disposition en toute connaissance de cause**. Cette particularité procédurale prend ici une tournure plus politique, puisqu'**elle confère au Gouvernement un véritable avantage dans le débat**, celui-ci étant en position de faire passer des mesures aux effets difficilement prévisibles ou au contraire difficilement justifiables, grâce au jeu de la logique majoritaire. [...] En théorie, **rien n'empêche le Gouvernement de prendre l'initiative d'évaluer préalablement certains articles additionnels**, et ce, d'autant plus que l'étude est réalisée, le cas échéant, par les services du ministère concerné[1]. »

On comprend dès lors que le recours à l'amendement additionnel sans l'incorporer dans l'étude d'impact n'est pas dénué d'intentions politiques.

¤¤¤

Souhaitant que ces questions soient tranchées en droit, les députés auteurs de la présente saisine demandent donc au Conseil Constitutionnel de se prononcer sur ces points et tous ceux qu'il estimera pertinents eu égard à la compétence et la fonction que lui confère la Constitution. »

[1] Louise Seiler, *Les amendements du gouvernement créant des articles additionnels*, Mémoire de Master 2 à Paris II, 2016.