

Paris, le 19 janvier 2022

Objet : Contribution extérieure dans le cadre de l'examen de la loi renforçant les outils de gestion de la crise sanitaire

Monsieur le Président du Conseil Constitutionnel

Mesdames et Messieurs les membres du Conseil Constitutionnel,

Nous, Syndicat de la magistrature, vous adressons ce jour notre contribution (dite « porte étroite ») dans le cadre de la saisine 2022-835 DC en date des 17 et 18 janvier 2021, par 60 députés et 60 sénateurs concernant plusieurs points de la loi renforçant les outils de gestion de la crise sanitaire et modifiant le code de la santé publique (ci-après le « **Projet de loi** »)

Depuis le début de la crise sanitaire, le Syndicat de la magistrature a pu alerter les politiques comme les citoyens sur les risques créés par le développement d'une nouvelle législation d'exception propre à la crise sanitaire que nous traversons, le risque principal étant notamment celui, à terme, d'une pérennisation de cette législation d'exception par un glissement vers le droit commun, comme cela a déjà pu être le cas récemment pour d'autres régimes d'exception.

En complément de cette démarche, et sans minimiser les conséquences de la crise sanitaire actuelle, nous faisons le constat que plusieurs dispositions de la loi qui vous est déférée portent atteinte à plusieurs normes de référence, et paraissent donc non conformes à la Constitution.

En raison du très court délai qui est imparti à votre juridiction pour statuer sur la présente loi, nous avons fait le choix de nous centrer sur quelques dispositions particulièrement problématiques intéressant tout particulièrement l'autorité judiciaire. Nous nous associons à cet égard aux arguments qui ont par ailleurs pu être portés par d'autres organisations syndicales et associations vous ayant également adressé une contribution extérieure, à savoir la Ligue des droits de l'Homme, le Syndicat des avocats de France, l'union syndicale Solidaires et la Confédération générale du travail.

C'est l'objet des observations que nous vous transmettons par la présente.

Au travers de cette loi, le passe sanitaire, qui correspond soit à un justificatif d'un schéma complet de vaccination, soit à un certificat de rétablissement de moins de six mois, soit encore à un test d'un examen de dépistage virologique ne concluant pas à une contamination par la covid-19, est transformé en passe vaccinal exigeant un parcours de vaccination complet pour pouvoir accéder à certains loisirs, à certains transports ou encore pour travailler dans certains secteurs d'activité.

A titre liminaire, nous observerons ici que le législateur a fait le choix de ne pas rendre la vaccination obligatoire.

Or votre Conseil avait validé le passe sanitaire, par décision du 5 août 2021, **au motif qu'il n'instaurerait pas d'obligation vaccinale, comme indiqué ci-après :**

« les dispositions contestées prévoient que les obligations imposées au public peuvent être satisfaites par la présentation aussi bien d'un justificatif de statut vaccinal, du résultat d'un examen de dépistage virologique ne concluant pas à une contamination ou d'un certificat de rétablissement à la suite d'une contamination. Ainsi, ces dispositions n'instaurent, en tout état de cause, ni obligation de soin ni obligation de vaccination. »

Il nous apparaît donc qu'il convient pour votre Conseil d'être extrêmement vigilant, dès lors que le Gouvernement revendique dans son étude d'impact l'objectif d' *"incitation à la vaccination, y compris avec rappel pour les personnes qui y sont éligibles, à travers la transformation du passe sanitaire en passe vaccinal"* (étude d'impact , point 10 de l'avis du Conseil d'État).

La Commission des lois de l'Assemblée nationale souligne également que *"la transformation du passe sanitaire en passe vaccinal poursuit l'ambition de favoriser la vaccination et donc l'objectif de préservation de la santé publique"* (rapport p.12)

Or, toute limitation ou restriction de liberté doit être rigoureusement justifiée et proportionnée et ne pas être adoptée à la seule fin d'inciter à la vaccination – dès lors qu'elle n'a pas en l'état été rendue obligatoire - mais bien à celle de lutter contre l'épidémie, conformément à l'article 5 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 aux termes duquel *"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"*.

En ce sens, notre syndicat conteste l'avis du Conseil d'Etat sur ce projet de loi qui indique lui aussi que *"l'objectif indirect d'incitation à la vaccination"* est de nature à justifier certaines restrictions de liberté pour les raisons précitées.

D'ailleurs, le Conseil d'Etat avait adopté une position différente dans son avis du n° 403.629 du 19 juillet 2021 sur le passe sanitaire où il a considéré que : *« le fait de subordonner certaines de ces activités à l'obligation de détenir un certificat de vaccination ou de rétablissement ou un justificatif de dépistage récent peut, dans certaines hypothèses, avoir des effets équivalents à une obligation de soins et justifie, à ce titre, un strict examen préalable de nécessité et de proportionnalité, dans son principe comme dans son étendue et ses modalités de mise en œuvre, au vu des données scientifiques disponibles »* (para. 12).

Par conséquent, votre Conseil devra effectuer ce contrôle de proportionnalité des mesures inscrites dans cette loi puisqu'elles portent atteinte à un certain nombre de droits fondamentaux. Il s'agira notamment de contrôler :

- l'adéquation de la mesure qui doit permettre ou faciliter le but recherché,
- la nécessité de la mesure qui ne doit pas excéder ce qu'exige la réalisation du but poursuivi,
- la proportionnalité au sens strict : elle ne doit pas, par les charges qu'elle crée, être hors de proportion avec le résultat recherché.

L'exposé des motifs du Projet de loi permet de déterminer le but recherché : "*L'incidence, mesurée sur sept jours consécutifs, a constamment augmenté depuis octobre et dépasse désormais 700 cas pour 100 000 habitants, soit un niveau jamais mesuré depuis le début de l'épidémie. Le nombre de lits de soins intensifs occupés par des patients atteints de la covid-19 est quant à lui supérieur à 3 300. Bien que la vaccination et le passe sanitaire aient jusqu'à présent permis de limiter très significativement les conséquences de l'épidémie sur le système de soins, celui-ci reste en forte tension, alors que des interventions qui avaient dû être reportées lors des précédentes vagues doivent par ailleurs être reprogrammées et que d'autres virus circulent activement à la faveur de la période hivernale.*"

Il s'agit par conséquent de limiter les conséquences de l'épidémie et le terme de "propagation" n'est plus employé.

A cet égard, au regard des dernières données scientifiques récentes laissant penser que le pic de contaminations de la 5^e vague est en train d'être atteint, ou à tout le moins de se stabiliser, il est possible de s'interroger sur le fait que le passe vaccinal entrera en application alors même que les contaminations sont sur le point de commencer à baisser.

En outre, rien ne permet de démontrer que le passe vaccinal, en comparaison avec le passe sanitaire, permettra de limiter davantage les conséquences de l'épidémie. En tout état de cause, ces données, si elles existent, n'ont pas été communiquées par le gouvernement à l'appui du présent projet de loi.

Dans le cadre de son rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, après engagement de la procédure accélérée, Monsieur Jean-Pierre PONT précise :

"Le passe sanitaire a fait ses preuves au cours de l'été 2021 afin de permettre la reprise puis le maintient opportun qu'il devienne, dès le 15 janvier prochain, plus restrictif : il n'est en effet pas anormal que la liberté préservée des personnes non vaccinées soit assortie de contreparties puisque ce sont elles qui font peser une contrainte excessive sur les capacités hospitalières. Il n'est donc pas disproportionné de limiter, uniquement dans la sphère publique et sans empêcher l'accès aux biens et services publics ou de première nécessité ou urgents, leurs interactions sociales dont on sait qu'elles favorisent la propagation du virus".

Les objectifs évoqués par le législateur partent du constat selon lequel le passe vaccinal permettrait de limiter la propagation du virus, alors que le passe sanitaire permettait déjà de limiter, notamment, l'accès aux transports interrégionaux aux personnes justifiant d'un examen de dépistage virologique ne concluant pas à une contamination par la covid-19, d'autant que ce dispositif a été durci depuis le 29 novembre 2021, avec la limitation de la durée de validité de ce dépistage à 24h (au lieu de 72h précédemment).

Or il n'existe aucune étude ou analyse qui viendrait justifier le passage du sanitaire, au passe vaccinal. Seul l'objectif de contraindre les non-vaccinés à se vacciner justifie ce changement. Pour autant, et dès lors qu'encore une fois il n'a pas été instauré d'obligation vaccinale, cela apparaît disproportionné par rapport aux droits et libertés garanties par la Constitution.

En effet, nos organisations relèvent que la mise en œuvre concrète du passe vaccinal et de son contrôle dans le projet de loi qui vous est soumis comportent plusieurs atteintes à des principes constitutionnellement garantis que nous développerons ci-après. Ces atteintes sont disproportionnées par rapport au but recherché.

Nous développerons plus particulièrement nos questionnements sur la constitutionnalité :

- des dispositions modifiant l'article 1, II, A, 2°, e) de la loi n°2021-689 du 31 mai 2021 relative à la gestion de la sortie de la crise sanitaire, en ce que les dérogations possibles à la présentation du passe vaccinal apparaissent trop restrictives et insuffisamment définies ;
- des dispositions modifiant l'article 1, II, B relatives à la production d'un document officiel permettant de s'assurer de l'identité de la personne présentant un passe vaccinal.
- des dispositions modifiant l'article 1, D de la loi n° 2021-689 du 31 mai 2021 relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire qui viennent heurter le principe de stricte nécessité des délits et des peines ;

A - Sur la modification de l'article 1, II, A, 2° de la loi n° 2021-689 du 31 mai 2021 relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire

L'article 1er du Projet de loi modifie l'article 1, II, 2° pour substituer au passe sanitaire un passe vaccinal, subordonnant ainsi à la vaccination complète l'accès :

- aux activités de loisirs,
- aux services de restauration commerciale ou de débit de boissons, à l'exception de la restauration collective, de la vente à emporter de plats préparés et de la restauration professionnelle routière et ferroviaire,
- aux foires, séminaires et salons professionnels,
- aux déplacements de longue distance par transports publics interrégionaux, « *sauf motif impérieux d'ordre familial ou de santé* »,
- sur décision motivée du représentant de l'Etat dans le département, lorsque leurs caractéristiques et la gravité des risques de contamination le justifient, aux grands magasins et centres commerciaux, au-delà d'un seuil défini par décret, et dans des conditions garantissant l'accès des personnes aux biens et services de première nécessité ainsi, le cas échéant, qu'aux moyens de transport.

La seule motivation avancée par l'étude d'impact dont l'indigence, notamment en matière de données médicales, doit être soulignée, est l'incitation faite à la vaccination (étude d'impact p.28).

Le législateur n'ayant pas entendu avoir recours à la généralisation de l'obligation vaccinale, il en résulte, ainsi que des développements précédents que, pour souhaitable que puisse paraître au législateur l'extension de la couverture vaccinale, il n'est pas admissible de décider de restrictions ou limitations de liberté dans un seul but incitatif.

Dès lors, seules les restrictions justifiées par un risque strictement sanitaire lié à l'accès des personnes non-vaccinées pourraient être de nature à justifier de telles restrictions.

Votre conseil pourra constater qu'en l'espèce, aucune donnée sur la possible réduction du risque sanitaire qui résulterait du passage du passe sanitaire au passe vaccinal n'est communiquée, données qui par leur contenu pourraient justifier les modifications législatives adoptées.

De fait, rien ne permet de supposer qu'une personne non-vaccinée titulaire d'un résultat de test antigénique de moins de 24h présente un danger de contamination supérieur à une personne vaccinée, sans test.

Par ailleurs, les aménagements à cette exigence de passe vaccinal apparaissent trop restrictives et insuffisamment définies pour permettre de garantir que les restrictions aux libertés ainsi créées soient strictement proportionnées au but de lutter contre l'épidémie..

Ainsi, s'agissant des déplacements interrégionaux, le e) est modifié pour limiter la dérogation au pass vaccinal à l'existence d'un "motif impérieux d'ordre familial ou de santé, sous réserve de présenter le résultat d'un examen de dépistage virologique ne concluant pas à une contamination par la covid-19".

Il convient tout d'abord de relever que la notion de « *motif impérieux d'ordre familial ou de santé* » apparaît bien trop floue et imprécise et porte donc atteinte à l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789.

En outre, le terme "*motif impérieux d'ordre familial ou de santé*" est beaucoup trop imprécis, laissant la place à une appréciation arbitraire, et ce d'autant plus que cette appréciation sera laissée aux personnes privées à qui le contrôle du passe vaccinal est délégué.

En tout état de cause, un tel motif est bien trop restrictif pour permettre le respect de l'ensemble des droits et libertés constitutionnellement garantis : droit de mener une vie familiale normale, droits de la défense et à un recours juridictionnel effectif pour se présenter devant une juridiction ou se rendre à un rendez-vous chez un professionnel du droit, droit de vote pour se rendre dans un bureau de vote éloigné, un lieu de résidence temporaire, liberté de réunion ou manifestation, liberté syndicale, etc.

Dès lors, le passage du passe sanitaire au passe vaccinal créera une rupture d'égalité entre les vaccinés et non vaccinés qui n'apparaît pas justifiée par des motifs sanitaires puisque l'ensemble des activités visées étaient précédemment soumises, pour les non-vaccinés, à la présentation d'un examen de dépistage de moins de 24h ne concluant pas à une contamination par la covid-19.

Ce d'autant qu'aucune donnée n'est communiquée quant à l'existence d'un risque accru de contamination dans des transports interrégionaux (le plus souvent à réservation de place) par rapport à des transports en commun (régulièrement congestionnés). Il existera donc une différence de traitement entre les personnes qui se déplaceront en métro ou en RER et les personnes qui sont contraintes de se

déplacer en empruntant les trains interrégionaux, sans que cette distinction n'apparaisse justifiée par une différence de situation entre ces personnes, ce qui crée de fait une atteinte au principe d'égalité devant la loi.

Il est donc porté une atteinte disproportionnée et non nécessaire à plusieurs libertés, dont la liberté d'aller et de venir.

Votre Conseil a pourtant rappelé, dans la décision 2021-819 DC du 31 mai 2021, que « *Il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre cet objectif de valeur constitutionnelle et le respect des droits et libertés constitutionnellement garantis. Parmi ces droits et libertés figurent **la liberté d'aller et de venir**, composante de la liberté personnelle protégée par les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789* ».

Pour l'ensemble de ces raisons, ces dispositions doivent donc être censurées.

B. Sur la modification de l'article 1, II, B de la loi n° 2021-689 du 31 mai 2021 relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire, au regard du droit du travail

Il est ajouté cet alinéa à la suite de la présentation nécessaire du passe vaccinal :

« Toutefois, 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. Les personnes et services autorisés, dans le cadre du présent alinéa, à demander la production d'un document officiel comportant la photographie de la personne ne sont pas autorisés à conserver ou à réutiliser ce document ou les informations qu'il contient, sous peine des sanctions prévues au dernier alinéa du E du présent II. ».

Il convient de s'interroger tout d'abord sur la qualification juridique de l'opération prévue par ce texte avant de soulever des moyens tirés de violations constitutionnelles.

1°) Sur la qualification du contrôle

Le terme "contrôle d'identité" n'est évidemment pas indiqué mais seulement la possibilité d'exiger la production d'un "document officiel comportant sa photographie afin de vérifier la concordance entre les éléments d'identité mentionnés sur ces documents".

Cela revient à se demander ce qu'est l'identité d'une personne.

G. CORNU dans son « *Vocabulaire juridique* » (PUF 2007) la définit comme « *l'ensemble des éléments qui, aux termes de la loi, concourent à l'identification d'une personne physique (dans la société, au regard de l'état civil) : nom, prénom, date de naissance, filiation, etc...* ».

Ici, la correspondance entre :

- le nom apposé sur le document officiel et celui du passe d'une part,
- la photographie sur ce même document officiel et la personne contrôlée d'autre part,

renvoie en réalité à l'opération d'identification d'une personne physique par son nom, prénom et date de naissance (puisque'elle est également indiquée sur le passe).

Le législateur distingue ensuite entre le "relevé d'identité" (*article 78-6 CPP*) qui n'est qu'une invitation à décliner son identité pour la rédaction d'un procès-verbal, lorsque l'agent verbalisateur n'a pas la compétence requise pour effectuer un véritable "contrôle d'identité", qui est *"une injonction ou une sommation adressée par les forces de l'ordre à un citoyen qui est "interpellé" et contraint de rester sur place pour révéler son identité"* (*Rép. droit pénal et procédure pénale, Carole GIRAULT, V° "Contrôles et vérifications d'identité", n°3, janvier 2017*).

Dans la mesure où les personnes ne sont pas contraintes de rester sur place pendant le temps du contrôle, la qualification de relevé d'identité semble mieux correspondre au cas d'espèce.

Ce pouvoir ne peut pas être rapproché de l'obligation prévue par l'article L.131-15 du Code monétaire et financier de *"justifier de son identité au moyen d'un document officiel portant sa photographie"* à l'occasion de la remise d'un chèque. En effet, le chèque est un instrument de paiement que le commerçant n'est jamais tenu d'accepter. En l'occurrence, ce n'est pas un pouvoir d'exigibilité d'une pièce d'identité qui est reconnu à une personne privée commerçante, mais une obligation pour le client de présenter certains documents pour pouvoir utiliser le chèque qui est un instrument de paiement particulier. Cela ne restreint aucunement ni la liberté d'aller et de venir, ni la liberté du commerce puisque le client est libre de régler notamment en espèces, ce que le commerçant n'a pas le droit de refuser.

Quant à l'exigence pesant sur les tenanciers de débits de boisson par l'article L.3342-1 du Code de la santé publique, de vérification de la preuve de la majorité du client, elle ne se limite pas à un document officiel mais par tous moyens. Le cafetier commet un délit s'il délivre de l'alcool à un mineur : il faut donc lui donner les moyens de ne pas le commettre. En revanche, en l'espèce, l'absence de contrôle de l'identité n'entraîne aucun risque de commission d'une infraction. C'est un pouvoir octroyé à des personnes privées, pour se substituer aux forces de police, qui ne peut pas procéder à autant de contrôle, aux fins de constatation de l'infraction d'usage de faux. Il s'agit donc bien d'un relevé d'identité.

Il convient en effet de rappeler que la production d'un faux passe vaccinal correspond à la qualification pénale¹, de sorte que la demande ciblée de présentation d'un document officiel correspond bien à la recherche de preuve à l'égard d'un suspect, contre lequel il existe des *"raisons sérieuses de penser"* qu'il commet cette infraction.

¹ *"Le faux commis dans un document attestant du résultat d'un examen de dépistage virologique ne concluant pas à une contamination par la covid-19, un justificatif de statut vaccinal concernant la covid-19 ou un certificat de rétablissement à la suite d'une contamination par la covid-19 est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. L'usage, la procuration ou la proposition de procuration du faux mentionné au présent alinéa est puni des mêmes peines"* (Etude d'impact, p. 16).

2°) Sur la violation du droit au respect de la vie privée (article 2 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789) : l'exigence de détention d'un document officiel comportant une photographie

En droit français, il n'existe aucune obligation de détenir une carte d'identité, ni un passeport ni un permis de conduire. Les personnes ne sont pas nécessairement étudiantes et ne se déplacent pas obligatoirement avec un abonnement pour des transports en commun. Autrement dit, il est tout à fait envisageable qu'une personne ne dispose pas de document officiel comportant une photographie.

D'ailleurs, les personnes subissant un contrôle d'identité peuvent justifier de leur identité *"par tout moyen"* (article 78-2 CPP).

Le Projet de loi va donc plus loin que le droit existant puisqu'il fait obligation de détenir un *"document officiel comportant la photographie de la personne"* visée. Or, votre Conseil a jugé : *"aux termes de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression. » ; que la liberté proclamée par cet article implique le respect de la vie privée"* (CC 99-416 DC 23 juillet 1999, cons. 45).

Vous avez ensuite précisé : *"Par suite, la collecte, l'enregistrement, la conservation, la consultation et la communication de données à caractère personnel doivent être justifiés par un motif d'intérêt général et mis en œuvre de manière adéquate et proportionnée à cet objectif. (2012-652 DC, 22 mars 2012, cons. 8, Journal officiel du 28 mars 2012, page 5607, texte n° 6, Rec. p. 158)"* (CC 2012-652 DC 22 mars 2012, cons.8).

Il est évident que la consultation de données personnelles par des personnes privées est tout à fait attentatoire à la vie privée, sans que le but d'éviter des fraudes puisse justifier une telle atteinte, disproportionnée.

Cette atteinte est d'autant plus grave qu'il est exigé un document officiel ainsi qu'on l'a vu précédemment.

C'est ainsi également qu'une personne trans dont le genre du prénom peut être différent de son genre apparent sera amenée à devoir en justifier devant un simple particulier, ce qui est une atteinte manifeste et disproportionnée à sa vie privée.

3°) Sur l'atteinte à l'article 66 de la Constitution : les pouvoirs dévolus à de simples particuliers

L'article 66 de la Constitution prévoit que *"L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi"*.

Votre Conseil a ainsi censuré la possibilité pour des policiers municipaux notamment de pratiquer des contrôles d'identité car :

"il résulte de l'article 66 de la Constitution que la police judiciaire doit être placée sous la direction et

le contrôle de l'autorité judiciaire ; qu'à cette fin, le code de procédure pénale, notamment en ses articles 16 à 19-1, assure le contrôle direct et effectif de l'autorité judiciaire sur les officiers de police judiciaire chargés d'exercer les pouvoirs d'enquête judiciaire et de mettre en œuvre les mesures de contrainte nécessaires à leur réalisation ; que l'article 20 du code de procédure pénale fixe la liste des agents de police judiciaire chargés « de seconder, dans l'exercice de leurs fonctions, les officiers de police judiciaire ; de constater les crimes, délits ou contraventions et d'en dresser procès-verbal ; de recevoir par procès-verbal les déclarations qui leur sont faites par toutes personnes susceptibles de leur fournir des indices, preuves et renseignements sur les auteurs et complices de ces infractions » ; que l'exigence de direction et de contrôle de l'autorité judiciaire sur la police judiciaire ne serait pas respectée si des pouvoirs généraux d'enquête criminelle ou délictuelle étaient confiés à des agents qui, relevant des autorités communales, ne sont pas mis à la disposition des officiers de police judiciaire" (CC 2011-625 DC 10 mars 2011, Loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure, cons.59).

En l'occurrence, les personnes privées qui vont être amenées à demander aux personnes ciblées de présenter un document officiel avec photographie, participent en réalité, ainsi qu'il a été vu précédemment, à une recherche de preuve du délit d'usage de faux et de son auteur. L'étude d'impact donne d'ailleurs pour objectif *"la lutte contre la fraude au passe sanitaire et vaccinal"* (p.29).

Ainsi, elles participent à l'exercice de pouvoir d'enquête judiciaire car il ne s'agit pas seulement de regarder quelle est l'identité de la personne en cause mais bien de vérifier la conformité de son identité prétendue avec son identité réelle, donc de rechercher la commission d'un délit.

Votre Conseil a réitéré cette analyse concernant des relevés d'identité pour des délits par des agents de police municipale ou des gardes champêtres ainsi que la possibilité de saisir les objets ayant servi à la commission de l'infraction pour le délit de vente à la sauvette et d'usage de produits stupéfiants commis sur la voie publique :

"le législateur n'a pas assuré un contrôle direct et effectif du procureur de la République sur les directeurs de police municipale et chefs de service de police municipale. Notamment, contrairement à ce que le code de procédure pénale prévoit pour les officiers de police judiciaire et nonobstant son pouvoir de direction sur les directeurs et chefs de service de police municipale, ne sont pas prévues la possibilité pour le procureur de la République d'adresser des instructions à ces derniers, l'obligation pour ceux-ci de le tenir informé sans délai des infractions dont ils ont connaissance, l'association de l'autorité judiciaire aux enquêtes administratives relatives à leur comportement, ainsi que leur notation par le procureur général." (CC 2021-817 DC 20 mai 2021, Loi pour une sécurité globale préservant les libertés, §10).

Vous avez ajouté une exigence supplémentaire concernant la formation des agents :

" si les directeurs et les chefs de service de police municipale doivent, pour être habilités à exercer leurs missions de police judiciaire, suivre une formation et satisfaire à un examen technique selon des modalités déterminées par décret en Conseil d'État, il n'est pas prévu qu'ils présentent des garanties équivalentes à celles exigées pour avoir la qualité d'officier de police judiciaire." (ibid §11).

Ce sont donc ces deux critères de rattachement à l'autorité judiciaire et de présentation de garanties équivalentes à celles exigées pour avoir la qualité d'officier de police judiciaire, qui vous ont amené à

déclarer l'article contesté contraire à l'article 66 de la Constitution.

Evidemment, de simples particuliers ne sont sous l'autorité d'aucune force publique, et encore moins de l'autorité judiciaire. Ils ne présentent aucune garantie et, à l'exception des agents privés de sécurité, ne justifient d'aucune homologation ni d'aucun suivi de formation.

Il en résulte une violation patente de l'article 66 de la Constitution.

4°) Violation de l'article 1er de la Constitution, des articles 1er et 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 : le risque de discrimination interdite

Ainsi qu'il vient d'être dit, les personnes qui pratiqueront les contrôles n'auront reçu aucune formation.

Il est régulièrement reproché aux policiers de pratiquer des contrôles au faciès. La Cour de cassation a d'ailleurs jugé que la responsabilité de l'Etat pouvait être engagée pour faute lourde, résultant d'une déficience caractérisée par un fait ou une série de faits traduisant l'inaptitude du service public de la justice à remplir la mission dont il est investi, au sens de l'article L.141-1 du code de l'organisation judiciaire, en raison de contrôles d'identité présentant un caractère discriminatoire, réalisés selon des critères tirés de caractéristiques physiques associés à une origine réelle ou supposée, sans aucune justification objective préalable (Civ. 1ère 9 novembre 2016, n°15-25.873, au Bull.).

Une requête est actuellement pendante devant la Cour européenne des droits de l'Homme concernant d'autres cas d'allégations de contrôles discriminatoires.

Les forces de l'ordre doivent respecter, outre le principe d'égalité inscrit dans différents textes constitutionnels, le code de déontologie de la police et de la gendarmerie.

A titre d'exemple, l'article R.434-11 du code de la sécurité intérieure dispose :

"Le policier et le gendarme accomplissent leurs missions en toute impartialité. Ils accordent la même attention et le même respect à toute personne et n'établissent aucune distinction dans leurs actes et leurs propos de nature à constituer l'une des discriminations énoncées à l'article 225-1 du code pénal".

Et selon l'article R.434-16 du même code :

"Lorsque la loi l'autorise à procéder à un contrôle d'identité, le policier ou le gendarme ne se fonde sur aucune caractéristique physique ou aucun signe distinctif pour déterminer les personnes à contrôler, sauf s'il dispose d'un signalement précis motivant le contrôle".

Les simples particuliers n'ont à respecter aucun code. Même lorsque l'article 1er de la Constitution promeut l'égalité entre les citoyens, il s'agit du respect par l'Etat de ce principe : *"La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion".*

De même l'article 6 de la DDHC concerne l'égalité devant la loi.

Les particuliers ne commettent de délit de discrimination que s'ils commettent les éléments constitutifs de l'article 225-2 du code pénal, c'est-à-dire lorsqu'elle consiste en l'exercice de certains actes. Or, le fait de pratiquer des contrôles discriminatoires fondés par exemple sur l'origine raciale réelle ou supposée n'est pas prévu dans cet article. Ce n'est donc pas une infraction.

Il en résulte qu'il n'existe aucune garantie permettant d'encadrer le pouvoir discrétionnaire de cibler telle ou telle personne pour vérifier la conformité de son identité prétendue lors de la présentation du passe avec son identité réelle.

Ce constat rejoint celui déjà effectué sur la violation de l'article 66 de la Constitution : il n'y a aucune garantie de prévue concernant la formation et la compétence pour pratiquer ces actes.

D'ailleurs, si ce contrôle révèle l'existence d'un faux et que la personne est poursuivie, aucune nullité ne pourrait en résulter puisqu'il est de jurisprudence constante que *"aucune disposition légale ne permet aux juges répressifs d'écarter les moyens de preuve produits par les parties au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale ; qu'il leur appartient seulement, en application de l'article 427 du Code de procédure pénale, d'en apprécier la valeur probante"* (Crim. 15 juin 1993, n°92-82.509, Bull. crim. n°210) , y compris lorsque la preuve est apportée par un tiers à la procédure (Crim. 31 janvier 2012, n°11-85.464, Bull. crim. n°27) ou qu'elle ait été obtenue de façon déloyale, car il suffit qu'elle soit discutée contradictoirement (Crim. 30 mars 1999, n°97-83.464, Bull. crim. n°59).

En conséquence, le Projet de loi donnerait un pouvoir exorbitant à des personnes privées, sans qu'il en résulte aucune conséquence procédurale, en dépit d'une éventualité de contrôle discriminatoire, par exemple.

L'absence de garantie aboutit à une violation du principe d'égalité, tel que visé par les textes énumérés au moyen.

La censure doit intervenir.

5°) Violation de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 : la garantie des droits

Selon l'article 16 DDHC proclame : « *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution* ».

La violation s'exerce tant sous l'angle du contrôle des pouvoirs exceptionnels créés par le législateur que sous celui du droit à un recours effectif.

a) L'encadrement des pouvoirs exceptionnels

Ici, le caractère exceptionnel des pouvoirs nouvellement créés résulte de ce qu'ils sont confiés à de simples particuliers.

Votre Conseil a jugé qu' « *il résulte des articles 6, 7, 8, 9 et 16 de la Déclaration de 1789 ainsi que de*

l'article 66 de la Constitution que, si le législateur peut prévoir des mesures d'investigation spéciales en vue de constater des crimes et délits d'une gravité et d'une complexité particulières, d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les auteurs, c'est sous réserve que ces mesures soient conduites dans le respect des prérogatives de l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, et que les restrictions qu'elles apportent aux droits constitutionnellement garantis soient nécessaires à la manifestation de la vérité, proportionnées à la gravité et à la complexité des infractions commises et n'introduisent pas de discriminations injustifiées. Il appartient à l'autorité judiciaire de veiller au respect de ces principes, rappelés à l'article préliminaire du code de procédure pénale, dans l'application des règles de procédure pénale spéciales instituées par la loi. Réserve. (CC 2004-492 DC 2 mars 2004, cons. 6).

Il a déjà été démontré que le principe de « *l'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle* » (article 66 de la Constitution) était violé, ainsi que le principe d'égalité.

La garantie des droits et la séparation des pouvoirs le sont tout autant, par une disposition qui ne permet aucun contrôle d'un magistrat de l'ordre judiciaire, et sans aucune garantie.

b) Le non-respect du droit à un recours effectif

Vous avez jugé « *qu'est garanti par cette disposition [l'article 16 DDHC] le droit des personnes intéressées à exercer un recours juridictionnel effectif* » (CC 2011-138 QPC 17 juin 2011, cons.4).

A titre d'exemple, vous avez censuré un dispositif où le non-respect des modalités d'exercice de l'obligation d'enregistrement sonore des débats de cour d'assises n'était pas prévu à peine de nullité alors même que le principe d'interdiction des enregistrements était pénalement répréhensible : « *En interdisant toute forme de recours en annulation en cas d'inobservation de cette formalité, les dispositions contestées méconnaissent les exigences de l'article 16 de la Déclaration de 1789* » (CC 2015-499 QPC 20 novembre 2015, cons. 1 à 4).

Or, aucun recours n'est prévu ni contre un contrôle discriminatoire, ni pour vérifier l'existence de « *raisons sérieuses de douter* » de l'attribution du passe vaccinal à la personne concernée, conditionnant l'accès à des lieux (donc l'exercice d'une liberté), même en cas de poursuites concernant l'infraction commise.

Il en résulte que le droit à un recours juridictionnel effectif est bafoué.

6°) Violation de la liberté d'aller et de venir : contrôles discrétionnaires

Votre Conseil rappelle que « *la pratique de contrôles d'identité généralisés et discrétionnaires serait incompatible avec le respect de la liberté personnelle, en particulier avec la liberté d'aller et de venir* » (CC 2016-606/607 QPC 24 janvier 2017, §20, reprenant la jurisprudence CC 93-323 DC 5 août 1993, loi relative aux contrôles d'identité).

Il en est de plus fort ainsi des relevés d'identité qui ne peuvent être pratiqués que pour établir une verbalisation.

En l'occurrence, dès lors que les critères posés pour pratiquer ces contrôles (« *raisons sérieuses de*

penser que le document présenté ne se rattache pas à la personne qui le présente") sont peu encadrants, toute latitude discrétionnaire est laissée à la personne qui les pratique.

En outre, aucune sanction ne peut en résulter. Il s'agit donc bien là d'une violation de la liberté d'aller et de venir, puisqu'il est possible de pratiquer des contrôles généralisés et discrétionnaires, sans avoir à en justifier ou à être censuré.

Ce risque de contrôle discrétionnaire apparaît d'autant plus grand que, par ailleurs, les personnes privées ainsi visées sont passibles d'une sanction pénale si elles ne pratiquent pas le contrôle du passe vaccinal (article 1, II, D de la loi n°2021-689 du 31 mai 2021 relative à la gestion de la sortie de la crise sanitaire tel que modifié par le présent projet de loi). Si ces sanctions pénales se rapportent au contrôle du passe vaccinal et non à la vérification d'identité qui y serait éventuellement associée, il n'en demeure pas moins que les deux seront intimement liés en pratique. Dans de telles conditions, il apparaît peu probable que le contrôle d'identité ainsi opéré se cantonne aux cas dans lesquels *"il existe des raisons sérieuses de penser que le document présenté ne se rattache pas à la personne qui le présente"* et qu'il devienne systématique.

7°) Violation de l'article 12 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789

"La garantie des droits de l'Homme et du Citoyen nécessite une force publique : cette force est donc instituée pour l'avantage de tous, et non pour l'utilité particulière de ceux auxquels elle est confiée."

Il résulte de ces dispositions une interdiction de déléguer à des personnes privées des compétences de police administrative générale inhérentes à l'exercice de la « *force publique* » nécessaire à la garantie des droits, comme le Conseil d'État l'a formulé depuis longtemps dans son arrêt d'Assemblée Ville de Castelnaudray du 17 juin 1932 et rappelé constamment par le juge administratif : « *l'Etat du droit interdit à toute personne publique détentrice d'un pouvoir de police de déléguer son exercice à une personne de droit privé* ». C'est ainsi qu'a été jugé illégale la délégation à une entreprise privée de la tâche de constater les infractions aux règlements de police relatifs aux stationnements (CE, 1er avril 1994, Commune de Menton, Rec. Lebon, p. 175).

La surveillance de la voie publique est dévolue à la force publique : il est interdit à une commune de déléguer à une société de sécurité privée « *une mission de surveillance des voies publiques de l'ensemble de la commune* » (CE, 29 décembre 1997, n° 170.606, Cne d'Ostricourt, Rec. Lebon T).

Pour contrôler la conformité de dispositions législatives à la Constitution, votre Conseil s'attache à examiner la nature de la mission déléguée à des opérateurs privés.

S'il s'agit par exemple d'une mission de police administrative générale, les dispositions peuvent être déclarées contraires à la Constitution : c'est ainsi qu'examinant la conformité à la constitution des dispositions de la loi dite LOPPSI, et notamment celles qui prévoyaient que : « *Après information du maire de la commune concernée, les autres personnes morales peuvent mettre en œuvre sur la voie publique un système de vidéo-protection aux fins d'assurer la protection des abords de leurs bâtiments et installations, dans les lieux susceptibles d'être exposés à des actes de terrorisme ou particulièrement exposés à des risques d'agression ou de vol* », le Conseil constitutionnel a jugé « *qu'en autorisant toute personne morale à mettre en œuvre des dispositifs de surveillance au-delà des abords « immédiats » de ses bâtiments et installations et en confiant à des opérateurs privés le soin d'exploiter des systèmes de*

vidéo-protection sur la voie publique et de visionner les images pour le compte de personnes publiques, les dispositions contestées permettent d'investir des personnes privées de missions de surveillance générale de la voie publique ; que chacune de ces dispositions rend ainsi possible la délégation à une personne privée des compétences de police administrative générale inhérentes à l'exercice de la « force publique » nécessaire à la garantie des droits ; que, par suite, doivent être déclarés contraires à la Constitution le douzième alinéa du 1° ainsi que les b) et c) du 2° de l'article 18 ; que, par voie de conséquence, le premier alinéa du 1° de l'article 18 de la loi déferée doit conduire à remplacer le seul premier alinéa du II de l'article 10 de la loi du 21 janvier 1995 par les dix alinéas prévus par ce 1° » (CC, 10 mars 2011, n°2011-625 DC).

On a rappelé à propos de la recherche de la qualification du pouvoir de contrôle prévu par la loi objet de votre saisine, qu'il s'agissait d'une sorte de relevé d'identité. Cela signifie que la loi organise la substitution par une personne privée à la force publique. Cela correspond aux diverses tentatives du gouvernement d'instaurer une surveillance généralisée de la population en enrôlant des particuliers devenus supplétifs de la police nationale.

Ce transfert de pouvoirs régaliens à de simples particuliers constitue une violation de l'article 12 de la DDHC.

La Défenseure des droits s'est également inquiétée : "si l'objectif des dispositions est de lutter contre la fraude, d'une part, la Défenseure des droits n'est pas convaincue qu'un tel dispositif confié au libre arbitre de personnes privées non formées à cette fin permette de le poursuivre et soit efficace, d'autre part, elle est d'avis que ce contrôle devrait relever de la responsabilité des autorités publiques, notamment des forces de sécurité, compte tenu de l'objectif poursuivi et des risques inhérents à l'exercice d'une telle prérogative" (avis n°22-01 p.7).

La recherche d'infractions et de leurs auteurs est du ressort de la police judiciaire et doit le rester.

Votre Conseil avait d'ailleurs retenu que le dispositif du contrôle du passe sanitaire ne portait pas d'atteinte disproportionnée aux principes constitutionnels invoqués notamment au motif que :

“ (...) le contrôle de la détention d'un des documents nécessaires pour accéder à un lieu, établissement, service ou événements (...) ne s'accompagne d'une présentation de documents d'identité que lorsque ceux-ci sont exigés par des agents des forces de l'ordre²”.

Il en serait ainsi totalement différemment du passe vaccinal, ce qui porte une atteinte disproportionnée à l'ensemble des principes constitutionnels précédemment évoqués.

La censure doit donc intervenir.

C. Sur la modification de l'article 1, II, Dbis de la loi n° 2021-689 du 31 mai 2021 relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire par ajout d'un alinéa

Le Projet de loi modifie l'article 1 D de la loi n° 2021-689 du 31 mai 2021 pour modifier les sanctions

² Décision 2021-824 DC du 5 août 2021, §45.

applicables en cas de détention d'un passe falsifié pour augmenter les sanctions attachées à cette infraction.

Un cas d'exonération de responsabilité est prévu en cas de vaccination dans un délai de 30 jours à compter de l'infraction ou de l'entrée en vigueur de la loi.

Une telle cause d'exonération est manifestement sans rapport avec l'infraction constatée.

En effet, l'obligation de présentation d'un passe est supposée être justifiée par la protection de la santé des tiers et, plus marginalement, de son détenteur. Le dommage est ainsi intégralement réalisé par l'utilisation d'un passe falsifié.

Faire d'une vaccination postérieure un motif exonératoire de responsabilité pénale traduit, en réalité la volonté d'utiliser le droit pénal pour sanctionner une absence de vaccination, pourtant non obligatoire.

En effet, c'est au parquet de faire le choix des poursuites et au juge du siège de décider d'une éventuelle condamnation. Soumettre la condamnation ou la poursuite pénale à une présentation d'un document de première vaccination postérieure nous apparaît ainsi contraire à l'article 12 de la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen et au principe de nécessité des infractions pénales, ainsi qu'à l'article 66 de la Constitution qui prévoit que *"L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi"*.

Cette disposition doit donc également être censurée.