

Paris, le 1^{er} mai 2020

Observations sur le pré-projet de loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire

L'état d'urgence sanitaire prorogé : vers une logique de gouvernement par l'exception

- La crainte renouvelée d'une pérennisation de ce nouveau régime d'exception :

Le 23 mars 2020, le gouvernement a fait le choix de créer un nouveau régime d'exception, en modifiant le titre III du livre 1^{er} de la 3^{ème} partie du code de la santé publique intitulé « Menaces et crises sanitaires graves » et en intégrant un nouveau chapitre 1^{er} bis « Etat d'urgence sanitaire », choix qui portait en lui le danger - comme nous l'avons pointé dès le début dans une précédente note sur l'état d'urgence sanitaire - d'une survivance de cet état d'urgence. La messe était quasiment dite ; le créateur le clame aujourd'hui : « *l'état d'urgence sanitaire est prorogé de deux mois à compter du 24 mai 2020* » (article 1^{er} du projet de loi).

Le Syndicat de la magistrature a déjà questionné la pertinence du recours à cette « légalité de crise » et appelé à la plus grande vigilance tant nous avons éprouvé - il n'y a pas si longtemps avec la période d'état d'urgence « antiterroriste » entre 2015 et 2017 - l'effet de contamination dans le droit commun de règles dérogatoires censées n'être que temporaires. Notre plus grande crainte de voir pérenniser l'état d'urgence sanitaire - qui était d'ailleurs la volonté initiale du gouvernement - demeure entière et nous conduit ainsi aujourd'hui à contester cette prorogation de deux mois, annoncée par le Premier ministre il y a quelques jours devant la représentation nationale alors que c'est celle-là même qui doit voter le texte la semaine prochaine.

En effet, la loi n°2020-290 du 23 mars 2020 *d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19* habilite le Premier ministre, mais également les préfets, à prendre des mesures qui restreignent gravement les droits et libertés, individuelles et collectives, dans de nombreux domaines. Le confinement général de la population, décidé par l'autorité administrative sans contrôle du juge judiciaire, en est la manifestation la plus flagrante et massive. Plus loin, au-delà des 31 ordonnances, des 70 décrets et autant d'arrêtés ministériels, c'est une profusion d'arrêtés municipaux et préfectoraux, plus de 1200 pour les préfets (que le Réseau de veille sur l'état d'urgence sanitaire a recensé), qui a dominé sur l'ensemble du territoire national, ces textes excédant d'ailleurs très souvent l'objectif sanitaire requis. Les premiers temps de sidération passés, un régime de police administrative spéciale de masse s'est véritablement imposé, en ne répondant pas strictement à des impératifs de sécurité sanitaire tel qu'initialement compris, révélant ainsi que le cadre juridique dérogatoire choisi a décomplexé les autorités habilitées à ordonnancer au prix d'atteintes disproportionnées à nos libertés. Nous entendons la nécessité d'une réduction drastique de l'espace public, pour contenir la propagation du virus et éviter l'engorgement des services

médicaux, et qu'ainsi des parcs, jardins, plans d'eau deviennent inaccessibles, mais que dire des interdictions d'accès à des lieux bien moins fréquentés tels que les forêts, rivières, littoraux, sentiers et chemins de randonnée voire même des massifs forestiers ou des zones de montagnes entières, même dénuées de tout danger ? Que dire également des interdictions de baignade dans des piscines privées, de certains couvre-feux aux tranches horaires plus que nocturnes ? Que dire de la régulation incohérente des activités sportives et de loisirs, plusieurs préfectures ayant été jusqu'à permettre aux chasseurs et à d'autres personnes habilitées de participer à la lutte contre des animaux tout d'un coup considérés comme nuisibles ? Une telle intensité de mesures de police sur une si courte durée, qui s'ajoute aux restrictions draconiennes au niveau national, ne peut que confirmer nos craintes exprimées sur la banalisation des règles censées n'être que d'exception.

D'aucuns objecteraient que les autorités nationales ont besoin d'un cadre légal idoine pour prendre des mesures exceptionnelles (comme un potentiel re-confinement général) dans le cadre de cette pandémie dont le terme reste incertain. D'autres options existaient néanmoins, tel que celles envisagées par l'étude d'impact du premier projet de loi sur l'état d'urgence sanitaire du mois de mars, à savoir qu'il est possible de reprendre le cadre législatif de droit commun et de s'appuyer sur les dispositions antérieures des articles L.3131-1 et suivants du code de la santé publique (et d'autres dispositions plus spécifiques du même code en matière de réquisition ou encore de lutte contre la propagation internationale des maladies), quitte à les renforcer à des situations extrêmes que nous connaissons désormais, ainsi que de s'appuyer sur le pouvoir de police générale appartenant respectivement au Premier ministre au niveau national (jurisprudence dite Labonne), et au maire et aux préfets au niveau communal et départemental en vertu des dispositions du code général des collectivités territoriales.

Au final, la surenchère réglementaire constatée qui a cadenassé une grande partie du territoire français, en sus des règles de confinement général, démontre que l'atteinte portée aux droits et libertés a été disproportionnée et non nécessaire pour une grande part, ce qui impose de questionner et même de remettre en cause la légitimité de la prorogation de l'état d'urgence sanitaire. Dès à présent, il est primordial d'attirer l'attention de tous sur le risque de voir ce régime d'exception devenir un laboratoire de dispositifs acceptés en raison de la peur engendrée par le risque sanitaire dont la normalisation par l'effet du temps et de l'accoutumance va masquer leur caractère intrinsèquement attentatoire aux droits fondamentaux.

- Des contrôles parlementaires et juridictionnels définitivement mis au ban :

Alors que l'élévation de garde-fous devrait être prioritaire dans ces périodes d'exceptionnalité, le Syndicat de la magistrature, qui a déjà pointé l'insuffisance du contrôle parlementaire, lequel s'avère en deçà de celui prévu par la loi du 3 avril 1955 *relative à l'état d'urgence* telle que modifiée par loi 21 juillet 2016 (article 4-1) et en deçà de celui prévu dans le cadre de la loi *renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme* (SILT) du 30 octobre 2017 (article L. 22-10-1 du code de la sécurité intérieure), déplore que l'article L.3131-14 du code de la santé publique (« *l'Assemblée nationale et le Sénat sont informés sans délai des mesures prises par le Gouvernement au titre de l'état d'urgence sanitaire* ») et « *peuvent requérir toute information complémentaire dans le cadre du contrôle et de l'évaluation de ces mesures* ») n'ait pas été modifié. Dans l'hypothèse d'une telle prorogation, les capacités d'évaluation et de suivi du Parlement doivent être renforcées, de même que les moyens de contrôle devraient être exceptionnels vu les enjeux cruciaux touchant l'ensemble de la population. Cela permettrait au Parlement de ne pas être réduit à une chambre d'enregistrement, comme cela semble malheureusement se profiler vu le calendrier des jours prochains imposés par un gouvernement dépourvu de sang-froid démocratique.

Si ont été mis en place une mission *d'information sur l'impact, la gestion et les conséquences dans toutes ses dimensions de l'épidémie de coronavirus-Covid-19* par la commission des lois de l'Assemblée nationale et une mission *de contrôle et de suivi de la loi sur l'état d'urgence sanitaire* au Sénat, les renseignements récoltés par les auditions et les quelques analyses rendues publiques vont s'avérer, sinon inaboutis pour les débats parlementaires des jours à venir, du moins extrêmement insuffisants pour les prochains mois vu l'absence d'outil d'évaluation à la hauteur de l'abondance et de l'hétérogénéité des mesures ordonnées, étant rappelé que le Parlement sera amené le 1^{er} avril 2021, dans le cadre de la « clause de revoyure » prévue à l'article 7 de la loi du 23 mars 2020, à réexaminer intégralement ce nouveau régime d'exception.

De la même manière, les pare-feux juridictionnels sont réduits à peau de chagrin. Nous l'avons déjà souligné dans nos précédentes observations, la suspension du contrôle de constitutionnalité, par la voie de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC), jusqu'au 30 juin 2020 est indéfendable. Si le Conseil constitutionnel indique, dans sa décision n°2020-799 du 26 mars 2020 - atypique puisqu'il en est juge et partie -, que cette suspension ne « *remet pas en cause l'exercice de ces recours ni n'interdit qu'il soit statué sur une QPC durant toute cette période* », il n'en demeure pas moins qu'il pourra déterminer, de manière discrétionnaire, les QPC sur lesquelles il entend statuer en temps utile.

De son côté, le Conseil d'État, saisi de quelques 80 référés et ayant rendu près d'une soixantaine d'ordonnances en lien avec la pandémie, entre le 16 mars et le 15 avril, n'a pas fait droit dans la très grande majorité des cas aux demandes, en rejetant même l'essentiel des requêtes au tri, considérant qu'il n'y avait pas d'atteinte manifeste ou d'urgence. Intervenant dans plusieurs de ces contentieux, le Syndicat de la magistrature peut témoigner de ce que le Conseil d'État a cherché « *quoiqu'il en coûte* » à valider des promesses de l'administration et ainsi protéger l'action étatique. L'un des exemples le plus spectaculaire de cet aveuglement servile concerne la requête en référé-liberté visant l'ordonnance n°2020-303 du 25 mars 2020 *portant adaptation de règles de procédure pénale* prévoyant notamment, en son article 16, que toutes les détentions provisoires en cours étaient automatiquement prolongées de deux, trois ou six mois en fonction de la peine encourue par les personnes mises en examen. Le Conseil d'État, sans tenir d'audience, s'est alors borné à soutenir, dans une ordonnance du 3 avril, que « *l'ordonnance contestée ne peut être regardée, eu égard à l'évolution de l'épidémie, à la situation sanitaire et aux conséquences des mesures prises pour lutter contre la propagation du covid-19 sur le fonctionnement des juridictions, sur l'action des auxiliaires de justice et sur l'activité des administrations, en particulier des services de police et de l'administration pénitentiaire, comme d'ailleurs sur l'ensemble de la société française, comme portant une atteinte manifestement illégale aux libertés fondamentales* ». Depuis lors, la chancellerie, rattrapée par sa propre créature légistique, dont nous avons dénoncé avec tant d'autres les atteintes au droit interne et conventionnel, a dû ces derniers jours élaborer et présenter au Conseil d'Etat une nouvelle ordonnance afin d'atténuer la gravité des conséquences liées à l'insécurité juridique créée.

Quant à la place laissée au juge judiciaire dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, le Syndicat de la magistrature ne peut que déplorer sa maigreur. L'assèchement du contrôle judiciaire s'est traduit au travers de la mise en œuvre de la nouvelle infraction pénale de non-respect du confinement, créée dans la précipitation et prévue au 4^{ème} alinéa de l'article L. 3136-1 du code de la santé publique, tel que modifié par l'article 2 de la loi du 23 mars 2020 *d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19*. Comme nous l'avons déjà analysé dans le cadre du Réseau de veille sur l'état d'urgence sanitaire, outre la question de sa légitimité basée sur un prétendu effet dissuasif, cette infraction pose de réelles difficultés juridiques.

En terme probatoire, le contrôle du juge se heurte à l'absence de constatation contradictoire. Les verbalisations contraventionnelles ne sont en effet assorties d'aucun élément de constatation des infractions en ce que les conditions du contrôle, le motif de la verbalisation et l'éventuelle contestation orale du mis en cause ne sont pas renseignés ou consignés. Au final, la seule réunion de plus de trois verbalisations suffit, matériellement, à constituer le délit, lequel devient *de facto* automatique, rendant ainsi l'élément matériel du délit pré-caractérisé et l'appréciation de son caractère intentionnel quasi-impossible. A supposer du reste que ces verbalisations antérieures aient été constatées, les premières analyses des procédures correctionnelles jusqu'alors déclenchées ont permis de révéler un détournement du fichier ADOC (accès au dossier des contraventions), dont la finalité était le traitement des contraventions et délits routiers constatés et verbalisés électroniquement, et non celle de l'établissement d'une violation répétée des obligations de confinement. C'est ainsi que diverses relaxes ont été prononcées au motif d'un tel détournement. Le ministère de l'intérieur n'a toutefois pas manqué de surmonter cette irrégularité puisqu'un arrêté du 14 avril 2020 modifiant l'arrêté du 13 octobre 2004 prévoit désormais que ce fichier peut être utilisé pour "*les infractions faisant l'objet d'une procédure d'amende forfaitaire*".

Plus grave, cette infraction - que nous avons d'ailleurs pu qualifier « d'ovni juridique » - recèle d'autres écueils en ce qu'elle porte atteinte à plusieurs droits fondamentaux. La première est celle de l'atteinte au droit au recours effectif puisque ce dispositif ne permet pas au justiciable d'exercer de recours contre les avis de contravention dans le délai de contestation de 90 jours étant donné que le délit ne peut être constitué que si une personne a été verbalisée plus de trois fois en 30 jours, de telle sorte qu'elle pourrait être condamnée avant même d'avoir pu user de son droit au recours. La seconde tient d'un mécanisme de gradation des peines faisant fi du principe *non bis in idem*. En effet, la récidive n'est possible qu'à partir des contraventions de la 5ème classe, pas de la 4ème classe, et par ailleurs la récidive ne peut être retenue que si l'infraction commise a fait l'objet d'une condamnation définitive. Or, dans les délais de 15 et 30 jours, de telles condamnations n'auront à l'évidence pas de caractère définitif avant la réitération. La troisième est liée à une définition de l'infraction insuffisamment claire et précise, en méconnaissance du principe de légalité des délits et des peines. C'est ainsi que la notion de « verbalisation à plus de trois reprises » est imprécise en ce qu'elle ne permet de s'assurer qu'il s'agirait de décisions antérieures devenues définitives. De la même manière, à la suite des correctifs apportés par le Conseil d'État le 22 mars 2020 (ordonnance *Syndicat Jeunes Médecins* n°439674), les motifs énoncés à l'article 3 du décret n°2020-293 recouvrent des champs d'application larges, flous et parfois fluctuants (« achats de première nécessité », « déplacements insusceptibles d'être différés », « motif familial impérieux », « consultations et soins ne pouvant être assurés à distance »), ce qui a d'ailleurs conduit à nombre de verbalisations pour le moins incongrues, témoignant de l'existence d'aléas laissés à la seule appréciation subjective des agents habilités à contrôler (et dont la liste est au demeurant longue) alors que les incriminations doivent être d'interprétation stricte.

Enfin, plusieurs enquêtes de terrain, couplées aux chiffres rendus publics par le ministère de l'intérieur, ont mis en évidence une focalisation disproportionnée sur certains quartiers et une application discriminatoire de ces sanctions pénales.

L'insécurité juridique reste toutefois présente vu que le Conseil constitutionnel a été - logiquement - destinataire d'une QPC visant cette infraction et que par ailleurs la chancellerie a, une nouvelle fois, opéré une analyse hasardeuse concernant les verbalisations antérieures à la modification du décret relatif au fichier ADOC. Par courrier du 29 avril, le ministre de l'Intérieur a indiqué à la commission des lois du Sénat, également préoccupé par ce sujet, que « *par dépêche du 17 avril 2020, la direction des affaires criminelles et des grâces du ministère de la justice a (...) précisé que les enregistrements effectués dans le fichier SCA et son interface ADOC n'étant subordonnés à aucune condition de temporalité, les données qui y sont conservées pourront concerner des procédures établies avant l'entrée en vigueur de l'arrêté modifiant l'arrêté du 13 octobre 2004* ».

Aussi, à la veille d'un déconfinement qui va être accompagné des mêmes sanctions pénales, le Syndicat de la magistrature reste extrêmement préoccupé par le maintien de ces dispositifs répressifs inadaptés, disproportionnés (plus de 15 millions de contrôles ayant été effectués en quelques semaines) et inefficaces.

Bon nombre d'observateurs de la société civile autres que le Syndicat de la magistrature ont également pointé les excès produits par cet état d'urgence sanitaire. La Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH), qui, de son côté, a mis en place son propre observatoire de l'état d'urgence sanitaire et du confinement, s'interroge également dans un avis du 28 avril « *sur la pertinence de la création d'un état d'urgence sanitaire au regard des textes préexistants ainsi que sur son impact sur le fonctionnement des institutions, la vie démocratique et le respect des libertés individuelles et collectives* ».

A dire vrai, quand bien même cette pandémie appelle des mesures exceptionnelles, nombre d'observateurs de tous bords ont été les témoins quotidiens et atterrés d'une gestion de crise complètement désordonnée de la part de l'État (que le Sénat qualifie de « *trop bureaucratique* » et d'« *engoncé dans ses propres réglementations* » dans son deuxième rapport d'étape sur la mise en œuvre de l'état d'urgence sanitaire du 29 avril), aggravant au passage le caractère anxiogène du moment et surtout nuisant à la confiance attendue.

Dans un tel contexte, et au vu des carences et dérives sus-décrites, le Syndicat de la magistrature ne peut que contester la prorogation d'un tel régime d'exception, et ce d'autant qu'il servirait davantage à pallier les insuffisances d'un exécutif aux abois et non pas à coordonner la mise en œuvre du déconfinement, qui, malgré les apparences, est tout aussi propice à des atteintes aux droits et libertés. Se parer derrière une concentration des pouvoirs pour masquer ses propres carences de gouvernance serait indigne d'un Etat de droit.

L'extension des pouvoirs exorbitants de l'Exécutif ou le renforcement d'une politique sanitaire disciplinaire

- Les personnes ciblées par l'isolement et la quarantaine sanitaires : entre la personne affectée et la personne susceptible d'être affectée

Alors que le Sénat était venu circonscrire les pouvoirs exorbitants du Gouvernement en adoptant une liste exhaustive de mesures lors des premiers débats du mois de mars, en définitive le catalogue reste très vaste. C'est dire que les perspectives en termes d'atteintes aux libertés individuelles ne peuvent que s'étendre.

L'article L. 3131-15 du code de la santé publique prévoit, dans sa rédaction issue de la loi du 23 mars 2020, que le Premier ministre peut, par décret pris sur le rapport du ministre chargé de la santé, « *aux seules fins de garantir la santé publique* :

1° *Restreindre ou interdire la circulation des personnes et des véhicules dans les lieux et aux heures fixés par décret ;*

2° *Interdire aux personnes de sortir de leur domicile, sous réserve des déplacements strictement indispensables aux besoins familiaux ou de santé ;*

3° *Ordonner des mesures ayant pour objet la mise en quarantaine, au sens de l'article 1er du règlement sanitaire international de 2005, des personnes susceptibles d'être affectées ;*

4° *Ordonner des mesures de placement et de maintien en isolement, au sens du même article 1er, à*

leur domicile ou tout autre lieu d'hébergement adapté, des personnes affectées ;

5° Ordonner la fermeture provisoire d'une ou plusieurs catégories d'établissements recevant du public ainsi que des lieux de réunion, à l'exception des établissements fournissant des biens ou des services de première nécessité ;

6° Limiter ou interdire les rassemblements sur la voie publique ainsi que les réunions de toute nature ;

7° Ordonner la réquisition de tous biens et services nécessaires à la lutte contre la catastrophe sanitaire ainsi que de toute personne nécessaire au fonctionnement de ces services ou à l'usage de ces biens. L'indemnisation de ces réquisitions est régie par le code de la défense ;

8° Prendre des mesures temporaires de contrôle des prix de certains produits rendues nécessaires pour prévenir ou corriger les tensions constatées sur le marché de certains produits ; le Conseil national de la consommation est informé des mesures prises en ce sens ;

9° En tant que de besoin, prendre toute mesure permettant la mise à disposition des patients de médicaments appropriés pour l'éradication de la catastrophe sanitaire ;

10° En tant que de besoin, prendre par décret toute autre mesure réglementaire limitant la liberté d'entreprendre, dans la seule finalité de mettre fin à la catastrophe sanitaire mentionnée à l'article L. 3131-12 du présent code ».

Il est précisé que les mesures prescrites en application de ces dispositions (de 1° à 10°) sont strictement proportionnées aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu, et qu'il y est mis fin sans délai lorsqu'elles ne sont plus nécessaires.

Le ministre chargé de la santé, quant à lui, peut prescrire, par arrêté motivé, toute mesure réglementaire relative à l'organisation et au fonctionnement du dispositif de santé ainsi que toute mesure individuelle nécessaire à l'application des mesures prescrites par le Premier ministre en application de cet article L. 3131-15.

Le préfet peut être habilité par le Premier ministre ou le ministre de la santé à prendre d'une part, les mesures d'application, y compris individuelles, des mesures prescrites par ces deux autorités ; d'autre part, lorsque les mesures prévues ont vocation à concerner un territoire n'excédant pas le département, à décider lui-même de leur mise en œuvre, l'ensemble de ces mesures devant également « être strictement nécessaires et proportionnés aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu ».

Le présent projet de loi prévoit que cet article L. 3131-15 du code de la santé publique est complété par un alinéa rédigé comme suit : « *Après avis du comité de scientifiques mentionné à l'article L.3131-19, la durée des mesures de quarantaine et de mise à l'isolement mentionnées au 3° et 4°, les lieux dans lesquels elles peuvent se dérouler, le suivi médical dont elles s'accompagnent ainsi que les conditions particulières de leur exécution, notamment celles concernant les déplacements que les personnes qui en font l'objet peuvent le cas échéant effectuer ou à défaut, les moyens par lesquels un accès aux biens et services de première nécessité leur est garanti, sont déterminés en fonction de la nature et des modes de propagation de l'infection, après avis du même comité (...) ».*

Sont ainsi fortement renforcées les mesures de quarantaine et de mise à l'isolement, le texte renvoyant pour la définition de ces notions au Règlement sanitaire international de 2005 qui prévoit en son article 1 que :

- l'isolement « *s'entend de la mise à l'écart de malades ou personnes contaminées ou de bagages, conteneurs, moyens de transport, marchandises ou colis postaux affectés de façon à prévenir la propagation de l'infection ou de la contamination* » ;

- la quarantaine « *s'entend de la restriction des activités et/ou de la mise à l'écart des personnes suspectes qui ne sont pas malades ou des bagages, conteneurs, moyens de transport ou marchandises suspects, de façon à prévenir la propagation éventuelle de l'infection ou de la*

contamination ».

Il est donc permis de comprendre à la lecture de ce texte international que la quarantaine s'applique aux personnes, non malades, suspectées d'être potentiellement porteuses du virus tandis que l'isolement vise les personnes contaminées par le virus. Or, les dispositions de l'article 3131-15 divergent un peu puisque pour la mise en quarantaine (3°), il vise « *des personnes susceptibles d'être affectées* » et pour le placement et le maintien à l'isolement (4°), il vise « *des personnes affectées* », étant indiqué que le présent projet de loi reprend les catégories visées par l'article R.3115-3-1 I du code de la santé publique (décret n° 2017-471 du 3 avril 2017 relatif à la mise en œuvre du Règlement sanitaire international).

Il est possible à ce stade de relever une certaine ambiguïté tenant au terme « affectée ». En effet, y compris dans le vocabulaire médical, les mots « infection » et « affection » n'ont pas la même définition : une affection est une maladie, un trouble tandis qu'une infection désigne la pénétration et le développement dans un être vivant de micro-organismes qui peuvent provoquer une maladie ou des lésions.

Ces deux mesures restrictives, ou plus exactement privatives, de libertés concernent donc des catégories très larges de personnes. Il pourra en effet s'agir de personnes testées positivement au Covid-19, qu'elles soient asymptomatiques ou pas, de personnes qui ont été en contact avec les premières, et de personnes qui sont, régulièrement ou pas, en contact avec les premières. L'éventail des cibles est ainsi très ouvert, nous laissant par là même dubitatif face à la complexité induite de l'identification des personnes à confiner.

Il convient par ailleurs de relever que les conditions d'exécution de ces mesures de quarantaine et d'isolement, à savoir leur durée, leur lieu de déroulement (logement privé ? Hôtels ou prestation de type hôtelière ? Établissement privatif de liberté ?), le suivi médical associé, les déplacements éventuellement autorisés ou bien l'accès à des biens ou des services de première nécessité, devront être déterminées « *en fonction de la nature et des modes de propagation de l'infection* » après avis du comité scientifique. Là encore, la précision du texte fait défaut en ce que la mention « la nature et les modes de propagation de l'infection » ne permet pas de dégager des critères précis sur lesquels le comité scientifique va devoir se fonder pour organiser le confinement d'un nombre, que l'on peut craindre important, d'individus touchés de près ou de loin - de ce que l'on comprend - par le coronavirus. Eu égard au caractère particulièrement attentatoire aux libertés publiques, la loi risquerait le cas échéant une censure pour incompétence négative, puisque le législateur abandonne l'une de ses prérogatives au pouvoir exécutif, libre de fixer seul les modalités d'exercice de la privation de liberté.

Au-delà de l'imprécision de cet article 2 du projet de loi, le Syndicat de la magistrature déplore l'absence de toute étude d'impact, laquelle aurait permis tout d'abord de quantifier le nombre de personnes susceptibles d'être visées par ces mesures privatives de liberté, ensuite d'élaborer des critères de déclenchement de ces mesures, et enfin d'évaluer les besoins humains, matériels et financiers nécessaires à la mise en œuvre de ces dispositifs de détection, de suivi, de contrôle et de sanction. Il est plus que contestable que l'impréparation encore à l'œuvre conduise à l'élaboration de textes aussi alambiqués, symptomatiques en réalité du peu d'intérêt porté aux libertés fondamentales.

- La décision de mise en quarantaine ou de placement à l'isolement : le renforcement de la police sanitaire :

Un nouveau II est ajouté à l'article L.3131-15 du code de la santé publique par ce projet de loi, et prévoit qu'« *afin de lutter contre la propagation de l'infection, la mise en quarantaine et le placement à l'isolement mentionnés aux 3° et 4° de l'article L.3131-15 ne peut intervenir que :*

. Lors de l'arrivée sur le territoire national ou dans l'une des collectivités des articles 73 et 74 de la Constitution, en Nouvelle-Calédonie ou dans la collectivité de Corse,

. Lorsqu'une personne affectée crée, en cas de refus réitéré des prescriptions médicales d'isolement prophylactique, un risque grave de contaminer d'autres personnes. Après avis médical et circonstancié, le directeur général de l'Agence régionale de santé peut saisir le représentant de l'Etat aux fins de faire respecter ces prescriptions médicales ».

Ces nouvelles dispositions constituent la généralisation sur l'ensemble du territoire national de la mesure de « quatorzaine », qui a d'abord été mise en œuvre dans plusieurs territoires d'outre-mer (Réunion, Martinique, Guadeloupe), d'ailleurs sans fondement légal initialement avant la publication du décret n°2020-432 du 16 avril 2020 complétant l'article 5-1 du décret n°2020-293 du 23 mars 2020. Des mises en quarantaine avaient également été décidées auparavant dans le cadre du rapatriement de 180 ressortissants français en provenance de Wuhan confinés dans le centre de vacances de Carry-le-Rouet ou des clusters de villages de l'Oise, de Courchevel et de Contamines Montjoie et, plus récemment, pour des marins du porte-avion Charles-de-Gaulle.

Cela confirme les dangers - développés plus haut - consistant à développer et élargir des dispositifs coercitifs, expérimentés un temps localement, à l'échelle nationale, en faisant fi finalement des spécificités territoriales ayant pu justifier de telles atteintes dérogatoires. Il n'est en effet pas illogique de considérer que la situation insulaire de certaines collectivités, par ailleurs très peu touchées par la pandémie, ait conduit les autorités préfectorales concernées à adopter ces mesures de quarantaine. En revanche, il est permis de questionner la légitimité et la proportionnalité de la généralisation de telles mesures de confinement renforcé, alors que le virus circule largement sur le territoire national.

Désormais, un placement à l'isolement ou une mise en quarantaine va pouvoir être pris contre toute « *personne affectée qui crée, en cas de refus réitéré des prescriptions médicales d'isolement prophylactique, un risque grave de contaminer d'autres personnes* ».

La rédaction de cette disposition est en tous points très imprécise : que désigne la « personne affectée » ? S'agit-il d'une personne qui a été testée positive au Covid-19 ou bien aussi d'une personne qui présente des signes d'infection au Covid-19 ? Doit-on comprendre du singulier attaché au « refus réitéré » qu'il suffira d'un seul deuxième refus pour se voir appliquer ces mesures ? Comment ce refus se matérialisera-t-il, pour satisfaire à la condition posée ? Que doit-on comprendre par « prescription médicales d'isolement prophylactique » ? Que doit-on entendre par « risque grave » de contamination ?

De surcroît, qu'en est-il précisément de la différence entre personne « affectée » et personne « susceptible d'être affectée » mentionnée au I de cet article alors que le II alinéa 1 ne vise que la « personne affectée » tandis que le II alinéa 2 évoque « le placement à l'isolement subordonné à la constatation médicale de l'infection de la personne concernée » ?

Il est ensuite prévu qu'« *après avis médical et circonstancié, le directeur général de l'Agence régionale de santé peut saisir le représentant de l'Etat aux fins de faire respecter ces prescriptions médicales* ». Il est saisissant de voir le parallèle avec la procédure de soins psychiatriques sans consentement pour laquelle plusieurs avis médicaux circonstanciés sont impératifs pour justifier l'hospitalisation sous contrainte d'une personne. Or, la teneur de cet avis médical revêt une importance toute particulière puisqu'il va permettre de motiver les décisions administratives et donc fonder leur légalité, mais aussi de permettre au juge des libertés et de la détention, lorsqu'il exerce

son contrôle de nécessité, d'apprécier l'adéquation de la mesure à l'état de santé de la personne. D'ailleurs, bon nombre de décisions de mainlevée de soins psychiatriques sans consentement sont prononcées au constat d'un certificat ou d'un avis médical non circonstancié ou insuffisamment circonstancié. Il n'est pas question pour le juge de se substituer à l'appréciation du médecin mais de vérifier si les constatations médicales retranscrites suffisent à mettre en évidence des troubles mentaux ainsi que leurs conséquences si des soins n'étaient pas prodigués.

Concernant les décisions proprement dites de mise en quarantaine et de placement à l'isolement, qui « *sont prononcés, sur proposition du directeur général de l'Agence régionale de santé, par le représentant de l'État dans le département, par décision individuelle motivée* », le Syndicat de la magistrature observe qu'il est très malaisé de saisir le passage entre la phase « non répressive », durant laquelle une personne malade ou suspectée d'être malade serait confinée, et le déclenchement de la phase « répressive ». Quelles sont les modalités et les formes de notification à la personne en cause de la décision individuelle émanant du représentant de l'État ? Quels sont les délais de cette notification ? Ces questions sont d'autant plus importantes que le projet de loi exclut - purement et simplement ! (au 3° de l'article 3131-15) - les procédures de référé-suspension et de référé-liberté devant le juge administratif pour ces deux mesures, ce qui ne manquera pas d'être sanctionné aux vises des articles 5 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Le Syndicat de la magistrature s'interroge enfin sur l'opportunité de concentrer tant de pouvoirs entre les mains des Agences régionales de santé (ARS), lesquelles se sont encore révélées ces dernières semaines, d'après de nombreux spécialistes, comme des gestionnaires débordés et parfois peu discernants dans l'exécution d'une biopolitique de la santé. S'il est compréhensible de vouloir réserver aux ARS, liées par les obligations qui s'imposent à elles dans le cadre du secret médical partagé, des informations qui comportent des données de santé des personnes, il est à craindre que, faute de personnel, elles ne puissent procéder au tri des données qu'elles détiennent, et en viennent à abandonner leur pouvoir au profit des préfetures.

- Le contrôle juridictionnel des décisions de mise en quarantaine ou de placement à l'isolement : une nouvelle compétence bâclée

L'isolement et la quarantaine constituant des mesures privatives de liberté, il est donc prévu par le projet de loi l'intervention du Procureur de la République et, dans certaines conditions, celle du juge des libertés et de la détention.

Il est ainsi tout d'abord prévu que « *Le procureur de la République territorialement compétent est immédiatement informé* » de la mise en quarantaine et du placement en isolement. L'intervention du parquet est ainsi réduite à une simple information, que l'on sait en pratique de pure façade tant les moyens de contrôle sont limités. Un parallèle peut être fait à cet égard avec les avis de placement en rétention des personnes étrangères qui ne font en réalité l'objet d'aucun véritable contrôle par les parquets, faute de moyens suffisants.

Ensuite, les nouvelles dispositions de l'article 3131-15 prévoient que « *Lorsque les modalités de la quarantaine et du placement à l'isolement prononcés interdisent toute sortie de l'intéressé hors du lieu où la quarantaine et l'isolement se déroulent, ces mesures peuvent à tout moment faire l'objet d'un recours devant le juge des libertés et de la détention. Sauf si l'intéressé y consent, une telle mesure ne peut se poursuivre au delà d'un délai de quatorze jours sans que le juge des libertés et de la détention, préalablement saisi par le représentant de l'Etat dans le département, ait statué sur cette mesure* ». Encore une fois - puisque l'intervention du juge judiciaire avait déjà été réintégrée dans la boucle administrative lors de l'état d'urgence « antiterroriste » - le juge des libertés et de la

détention se voit reconnaître une nouvelle compétence. Si nous estimons indispensable le contrôle judiciaire de ces nouvelles mesures de confinement renforcé en tant que garant des libertés individuelles, il reste que les conditions dans lesquelles le juge va devoir statuer s'avèrent très insuffisamment encadrées, ce qui est de nature à nous faire douter de l'effectivité des garanties offertes aux personnes isolées ou confinées et à nous faire craindre que ce contrôle ne soit qu'un alibi pour justifier le durcissement de cette police sanitaire.

Le Syndicat de la magistrature dénonce par ailleurs le fait que la saisine du juge des libertés et de la détention soit réduite à la seule hypothèse où « *les modalités de la quarantaine et du placement à l'isolement prononcés interdisent toute sortie de l'intéressé hors du lieu où la quarantaine et l'isolement se déroulent* ». Une personne confinée ou isolée et qui serait astreinte à des horaires ou des modalités de sorties extrêmement - ou trop - limitées devrait en effet pouvoir contester ces restrictions devant un juge. Il est tout à fait concevable qu'une personne, même contaminée et soucieuse de ne faire courir aucun risque à autrui, puisse démontrer que l'aménagement de ses nouvelles conditions de vie sont compatibles avec le respect des gestes barrières. A cet égard, il n'est pas anecdotique de rappeler la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative aux assignations à résidence de l'état d'urgence ayant limité à 12 heures par jour sans intervention du juge judiciaire l'exécution de cette mesure individuelle (décision n°2015-527 QPC du 22 décembre 2015, *M. Cédric D.*). Dans la même logique, le délai de quatorze jours avant l'intervention du juge des libertés et de la détention est excessif. A titre de comparaison, rappelons qu'en matière de maintien en zone d'attente des étrangers, le contrôle du juge des libertés et de la détention intervient au bout de quatre jours, et en matière de soins psychiatriques sans consentement au bout de douze jours.

Enfin, il importe de relever que la référence au « consentement » de l'intéressé à ces mesures de confinement renforcé est totalement impropre, et surtout biaisée en matière de santé. Sans entrer dans le débat des fondements de l'auto-discipline quasi-généralisée actuellement à l'œuvre, qui vont de l'intériorisation de différentes peurs intimes et moins intimes - alimentées pour certaines d'ailleurs par les pouvoirs publics depuis plusieurs années -, à l'intensité des modes de surveillance de masse sources d'autorégulation comportementale, en passant par la tolérance insensibilisée aux dispositifs sécuritaires, il est faux d'imaginer que les citoyens consentent, se soumettent volontairement et de façon éclairée, aux mesures les plus inédites et coercitives, tant les contraintes de toute nature sont fortes, surtout dans le contexte tourmenté actuel. Au mieux - ou au pire selon -, ils acquiescent à telle demande, sans toutefois être en mesure d'en jauger les effets comminatoires. Plus loin, il est permis de s'interroger sur les conséquences juridiques de refus d'être testé, de refus de prélèvements médicaux, de refus de prescription médicale, surtout si ces refus émanent de personnes qui accepteraient d'être isolées. Ce nouvel ordre public sanitaire doit-il primer sur le droit à l'intégrité physique (articles 16 et suivants du code civil) ?

Ces observations sont du reste très compliquées à nourrir compte tenu de l'absence de toute étude d'impact sur les implications d'une telle compétence nouvelle. Le flou est tout aussi important quant au contenu des procédures soumises à l'appréciation du juge des libertés et de la détention. Nous ignorons si ce dernier aura la possibilité de contrôler les « enquêtes sanitaires » que mèneront les nouvelles « brigades » médicales, en particulier afin de reconstituer l'historique des contacts de la personne « affectée ou susceptible d'être affectée », qui nous l'espérons, ne se feront pas au moyen de traçages numériques, ni par des personnes qui ne seraient pas des professionnels de santé. En réalité, le flou déjà précédemment relevé dans la définition des conditions posées pour le placement à l'isolement est de nature à rendre inopérant tout réel contrôle. De surcroît, le texte ne précise pas selon quelles modalités une personne, potentiellement interdite de sortie, pourra saisir le juge des libertés et de la détention pour contester la mesure dont elle fait l'objet, alors même que certaines n'auront pas à leur disposition de moyens de communication (internet, ordinateur...) leur

permettant d'effectuer les démarches pour exercer ce droit, ce qui revient à anéantir toute effectivité réelle de recours.

Le Syndicat de la magistrature attire également l'attention sur le fait qu'en l'état de l'extrême fragilité du service public de la justice, chroniquement sous-doté, les capacités d'absorption de ce nouveau contentieux sont limitées et vont donc devoir être renforcées, étant souligné que nous avons été affligés de constater que les demandes de budget supplémentaires au bénéfice du ministère de la justice ont été rejetés dans le cadre de l'examen de la loi de finances rectificative.

Enfin, l'infraction de non-respect des mesures du confinement sera applicable au non-respect des mesures d'isolement et de quarantaine. Nous ne reviendrons pas sur les nombreuses critiques précédemment développées, mais il est essentiel de dire que si le texte était adopté en l'état, la faiblesse juridique de cette incrimination, contraire au principe de légalité des délits et des peines, viendrait ainsi ajouter une dose supplémentaire d'arbitraire au flou juridique des critères de ces deux dispositifs.

En définitive, l'ensemble de ces dispositions révèle la volonté du gouvernement de mettre en place une nouvelle politique sécuritaire sanitaire, qui n'est pas sans rappeler - avec effroi - des techniques disciplinaires ayant visé à l'époque les malades du SIDA.

- La collecte de données personnelles et médicales : vers un fichier Covid-19 ?

Il est certainement prématuré de présenter des observations sur ce dernier point, tant le décret d'application va être déterminant en cette matière, mais quelques remarques s'imposent.

Le projet de loi prévoit, en son article 6 I, que le ministre de la santé peut mettre en œuvre un « *système d'information aux seules fins de lutter contre la propagation de l'épidémie de covid 19, pour la durée de celle-ci ou, au plus tard, pour une durée d'un an à compter de la publication de la présente loi* » (article 6 I). Il est important de relever que ce nouveau système d'information a pour seule finalité la lutte contre la propagation de l'épidémie de Covid-19 et il semble compréhensible, en l'état des connaissances scientifiques, qu'un délai d'un an soit prévu. En revanche, nous resterons vigilants au maintien de cette seule finalité car nous connaissons les capacités du gouvernement à modifier les textes au gré des vicissitudes rencontrées, preuve en est tout dernièrement de la modification du décret relatif au fichier ADOC - évoqué plus haut - mais également des modifications de la réglementation relative au fichier HOPSYWEB, qui était à l'origine un traitement automatisé de données à caractère personnel relatif aux personnes hospitalisées sans leur consentement en raison de troubles mentaux dont la finalité était la simple gestion administrative de ces patients, et qui est finalement devenu un fichier en tant que tel dont le croisement a de surcroît été rendu possible avec le fichier des signalements pour la prévention de la radicalisation à caractère terroriste. Le Syndicat de la magistrature est loin d'être paranoïaque mais sait, de par l'utilisation massive des fichiers de police et de gendarmerie par les autorités judiciaires, que les données à caractère personnel - y compris médicales - peuvent être au final utilisées et exploitées à d'autres fins par des agents différents de ceux habilités initialement.

A cet égard, les dispositions prévues à l'article 6 IV selon lesquelles « (...) *les organismes auxquels les agents habilités peuvent faire appel pour en assurer le traitement, pour leur compte et sous leur responsabilité* » posent des difficultés quant à l'étendue trop importante des agents autorisés à traiter ces données et auxquels il serait excessif d'étendre la levée du secret médical.

