

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

Nous avons l'honneur de vous déférer, conformément au deuxième alinéa de l'article 61 de la Constitution, **la loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure.**

- **SUR L'ARTICLE 1^{er}**

L'article 1^{er} de la loi qui dispose que : « *Le rapport annexé sur les objectifs et les moyens de la sécurité intérieure à horizon 2013 est approuvé* ».

Vous avez eu l'occasion de juger, à propos d'une disposition équivalente, que les « *"orientations" présentées dans le rapport figurant à l'annexe I de la loi déférée ne relèvent (...) d'aucune des catégories de textes législatifs prévues par la Constitution et ne sont dès lors pas revêtues de la valeur normative qui s'attache à la loi* » (2002-460 DC du 22 août 2002, cons. 21. Cf. également 2002-461 DC, 29 août 2002, cons. 90). Pour autant, vous aviez considéré un temps que les dispositions « *dépourvues de caractère normatif (...) ne sauraient (...) être utilement arguées d'inconstitutionnalité* » (2003-467 DC, 13 mars 2003, cons. 90).

Puis votre jurisprudence a évolué, et vous avez été amené à prononcer la censure de certaines dispositions sur le fondement de cette absence de caractère normatif. Ainsi avez-vous censuré l'article 4 de la loi organique n°2004-758 du 29 juillet 2004 relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales qui, « *du fait de sa portée normative incertaine* », ne respectait pas « *le principe de clarté de la loi* » (2004-500 DC du 29 juillet 2004, cons. 15). De même est-ce parce que vous aviez considéré que ses dispositions étaient « *manifestement dépourvues de toute portée normative* » que vous aviez censuré le II de l'article 7 de la loi n°2005-380 du 23 avril 2005 d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école (2005-512 DC du 21 avril 2005, cons. 17).

Ainsi, au regard de votre jurisprudence antérieure à la révision constitutionnelle de 2008, il n'aurait fait aucun doute que l'article 1^{er} de la loi qui vous est ici déférée aurait été censuré.

Par la révision constitutionnelle de 2008, le pouvoir constituant a inséré un antépénultième alinéa à l'article 34 de la Constitution aux termes duquel : « *Des lois de programmation déterminent les objectifs de l'action de l'Etat* ».

Mais est-ce à dire que dans ce cas, sous prétexte d'intituler un projet de loi d'orientation et de programmation, le législateur pourrait dorénavant faire fi des exigences de clarté et d'intelligibilité de la loi que lui impose par ailleurs la Déclaration des droit de l'homme et du citoyen de 1789 ?

Car c'est bien de cela dont il s'agit ici. En effet, cette exigence de normativité des lois, vous l'avez déduite de l'article 6 de la Déclaration de 1789 dont vous avez considéré qu'il résultait, « *comme de l'ensemble des autres normes de valeur constitutionnelle relatives à l'objet de la loi que, sous réserve de dispositions particulières prévues par la Constitution, la loi a pour vocation d'énoncer des règles et doit par suite être revêtue d'une portée normative* » (2005-512 DC du 21 avril 2005, cons. 8).

Or, cette jurisprudence ne résultait pas d'une quelconque volonté de votre part de museler arbitrairement le législateur, mais répondait à la légitime préoccupation, comme l'indique le commentaire aux cahiers de cette décision, de « *condamnation de la " loi bavarde " (...) justifiée par la nécessité d'enrayer le processus de dégradation de la qualité de la législation* » (cahier n° 19). De cette préoccupation ô combien salutaire, vous ne devriez vous départir.

Aussi vous appartient-il aujourd'hui de vous prononcer sur la validité d'une disposition qui n'a manifestement pas de caractère normatif, au regard de la nouvelle rédaction de l'article 34 de la Constitution.

Cette absence de caractère normatif de l'article 1^{er} et du rapport auquel il renvoie doit à tout le moins emporter une conséquence : débaptiser la loi de son titre de loi de programmation.

En effet, elle ne saurait recevoir cette qualification car, contrairement à sa prédécesseur, la loi n°2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure, elle ne possède pas de disposition programmant les moyens de la sécurité intérieure. Or c'était justement en vous fondant sur cette programmation que vous aviez admis la valeur normative de l'article 2 de ladite loi (2002-460 DC du 22 août 2002, cons. 21. Cf. *mutatis mutandis* pour la programmation de moyens de la justice votre décision n° 2002-461 DC, 29 août 2002, cons. 90).

Ici en revanche, les seuls moyens à venir envisagés figurent dans des tableaux annexés à la loi, pas dans le corps de la loi elle-même. Et de surcroît, la seule programmation envisagée porte en réalité uniquement sur les années 2012 et 2013. Quant aux années antérieures, 2009, 2010 et 2011, elles relèvent de lois de finances déjà votées et pour partie exécutées, ce qui lui ôte *de facto* tout caractère prospectif.

- SUR L'ARTICLE 4

L'article 4 de la loi insère à l'article 6 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique après le quatrième alinéa du 7 du I deux alinéas aux termes desquels :

« *Lorsque les nécessités de la lutte contre la diffusion des images ou des représentations de mineurs relevant de l'article 227-23 du code pénal le justifient, l'autorité administrative notifie aux personnes mentionnées au 1 du présent I les*

adresses électroniques des services de communication au public en ligne contrevenant aux dispositions de cet article, auxquelles ces personnes doivent empêcher l'accès sans délai.

« Un décret fixe les modalités d'application de l'alinéa précédent, notamment celles selon lesquelles sont compensés, s'il y a lieu, les surcoûts résultant des obligations mises à la charge des opérateurs. »

Cette disposition vise ainsi à autoriser « l'autorité administrative » à exiger des fournisseurs d'accès internet (FAI) qu'ils instaurent un système de filtrage limitant l'accès à des sites internet contenant des images ou des représentations de mineurs présentant un caractère pornographique.

Il n'est pas dans l'intention des auteurs de la saisine, comme en atteste l'ensemble de leurs interventions en commissions et en séance, de mettre en cause la légitimité et l'impérieuse nécessité de lutter contre la pédopornographie. Mais, aussi légitime que soit pourtant l'objectif poursuivi, cette disposition encourt néanmoins votre censure, tant le législateur, au regret des requérants, a recouru à des moyens manifestement inappropriés à la poursuite de cet objectif (1), tout en restant en deçà de sa compétence, en ne fournissant pas les garanties suffisantes contre des éventuelles atteintes arbitraires à la liberté d'expression protégée par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (2).

1. Quant au caractère inapproprié des moyens au regard de l'objectif poursuivi

Il est constant que votre haute juridiction « *ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement* » (2010-605 du 12 mai 2010, cons. 23). Mais s'il ne vous appartient pas de « *rechercher si les objectifs que s'est assignés le législateur auraient pu être atteints par d'autres voies* », c'est néanmoins à condition que « *les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées* » (99-416 DC du 23 juillet 1999, cons. 10). Ainsi avez-vous récemment censuré le dispositif sur la contribution carbone au motif notamment qu'il comportait des régimes d'exemption totale « *contraires à l'objectif de lutte contre le réchauffement climatique* » (2009-599 DC du 29 décembre 2009, cons. 82). Vous venez en outre de juger que le dispositif d'indemnisation des avoués tel qu'il était envisagé par la loi portant réforme de la représentation devant les cours d'appel au motif qu'il était contraire à l'exigence constitutionnel du « *bon usage des deniers publics* » (2010-624 DC du 20 janvier 2011, cons. 17).

Or non seulement de nombreux spécialistes de la lutte contre la cybercriminalité s'accordent sur le fait que, qu'il s'agisse de prévenir l'accès par inadvertance ou volontaire aux sites concernés, ces dispositifs de filtrage de sites pédopornographiques sont absolument inefficaces, mais, qu'au contraire, ils contribuent à rendre encore plus difficile la répression de ce fléau, quand ils ne la découragent pas tout simplement.

La littérature sur le sujet est abondante¹ et éclairera utilement votre haute juridiction. Les auteurs de la saisine se contenteront ainsi de rappeler la conclusion sans appel de l'étude d'impact du blocage des sites pédopornographiques établie par la Fédération française des télécoms et des communications électroniques selon laquelle « *les solutions de blocage d'accès aux sites pédopornographiques ne permettent d'empêcher que les accès involontaires à des contenus pédopornographiques disponibles sur le web* », et qu'en revanche toutes « *les techniques de blocage, sans exception aucune, sont contournables et n'empêcheront pas des utilisateurs malveillants de trouver des parades pour accéder aux contenus illégaux* ».

Comme il a pu l'être relevé à l'occasion des débats au Sénat, « *vouloir bloquer les sites pédopornographiques en bloquant l'accès à Internet revient à vouloir bloquer des avions en plein vol en dressant des barrages routiers au sol* » (compte rendu intégral des débats du 8 septembre 2010).

Mais plus grave encore, et toujours selon la Fédération française des télécoms et des communications électroniques, « *dès lors que le blocage sera effectif, les sites spécialisés dans les techniques de contournement vont se multiplier, réduisant ainsi fortement l'efficacité du dispositif* ».

Or les techniques de contournement, qu'elles passent par le recours à des réseaux privés ou de renforcement des systèmes de cryptage, auront toutes pour effet de rendre encore plus difficile le repérage, et donc, *in fine*, la répression des criminels à l'origine de la diffusion d'images ou de représentations pédopornographiques. **Le blocage est donc non seulement inadapté, mais il est contre-productif.**

A cet égard, il faut rappeler que les services de renseignement des Etats-Unis et du Royaume Uni se sont plaints auprès de leurs homologues français de ce que la loi HADOPI avait contribué à la montée en puissance de la cryptographie chez les internautes, rendant ainsi plus compliqué la lutte contre le terrorisme.

Il faut également relever que tous les contenus diffusés sur des réseaux Peer-2-Peer, ou par des services de messagerie instantanée, échappent au périmètre de blocage, alors même que, comme l'indique également l'étude de la Fédération française des télécoms et des communications électroniques, « *ils sont les principaux supports constatés d'échange d'images pédopornographiques* ».

Enfin, non content d'être inefficace et même contre-productif, ce dispositif s'avérera extrêmement onéreux pour les finances publiques, puisqu'il met à la charge de l'Etat le surcout qui en résultera pour les FAI. Surcout qui ne figure pas dans l'étude d'impact

¹ Cf. notamment une étude européenne récente d'octobre 2009 intitulée *Internet Blocking. Balancing Cybercrimes Responses in Democratic Societies* (http://www.pcinpact.com/media/Internet_blocking_and_Democracy.pdf) et une autre de 2010 intitulé *Internet Blocking. Crimes Should be Punished and not Hidden* (http://www.edri.org/files/blocking_booklet.pdf)

du projet de loi, mais que la Fédération française des télécoms et des communications électroniques a estimé pouvoir aller jusqu'à 140 millions d'euros. Il faudra en outre ajouter le coût en ressources humaines pour la mise en œuvre du dispositif. Or là, et sans plus de précision, l'étude d'impact indique que « *cette tâche sera très coûteuse en ressources humaines* ».

Ainsi, parce que cette mesure est manifestement inappropriée et même contre-productive, et qu'elle pèsera lourdement sur les finances publiques de l'Etat, elle ne répond ni là l'exigence de nécessité inscrite à l'article 8 de la Déclaration de 1789, ni à celle d'un bon usage des deniers publics qui découle de ses articles 14 et 15.

2. Quant à l'incompétence négative du législateur

Comme vous avez eu l'occasion de l'indiquer : « *aux termes de l'article 34 de la Constitution, la loi fixe les règles concernant les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; qu'il appartient au législateur d'assurer la sauvegarde des droits et des libertés constitutionnellement garantis ; que s'il peut déléguer la mise en œuvre de cette sauvegarde au pouvoir réglementaire, il doit toutefois déterminer lui-même la nature des garanties nécessaires ; que, s'agissant de la liberté de communication, il lui revient de concilier, en l'état actuel des techniques et de leur maîtrise, l'exercice de cette liberté telle qu'elle résulte de l'article 11 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, avec, d'une part, les contraintes techniques inhérentes aux moyens de communication concernés et, d'autre part, les objectifs de valeur constitutionnelle que sont la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels* » (96-378 DC du 23 juillet 1996, cons. 27).

Or vous avez justement estimé que l'accès à internet fait aujourd'hui partie intégrante de la liberté de communication. Selon vos propres termes, « *en l'état actuel des moyens de communication et eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions, ce droit implique la liberté d'accéder à ces services* » (20099-580 DC du 10 juin 2009, cons. 12).

Il n'est bien évidemment pas dans l'intention des requérants de prétendre que l'accès à des sites pédopornographiques relèverait de ladite liberté de communication. En revanche, ils ne sauraient admettre que, faute de garanties suffisantes prévues par le législateur, la liberté de communication via internet subisse des immixtions arbitraires de la part des autorités administratives sous couvert de lutte contre la pédopornographie.

Or ce risque existe bien. En premier lieu du fait que le blocage d'un contenu peut entraîner le blocage d'un site dans son ensemble. Comme l'admet l'étude d'impact annexée au projet de loi initial, « *le risque de bloquer l'accès à des contenus qui ne*

*sont pas illicites existe du fait, d'une part, de la volatilité des contenus sur internet et, d'autre part, de la technique de blocage utilisée (blocage de l'accès à la totalité d'un domaine alors qu'un seul contenu est illicite) ». Or il n'existe aucune technique qui permette d'éviter à coup sûr ce phénomène de surblocage. A titre d'exemple, c'est l'intégralité du site Wikipedia qui en Angleterre s'est retrouvé bloqué pendant trois jours en décembre 2008 suite à la tentative de blocage de l'une des pages du site qui contenait l'illustration d'une pochette de disque représentant une mineure nue. **C'est dire la disproportion entre le but recherché et le résultat atteint.***

Mais le risque d'immixtion arbitraire existe surtout dans la mesure où l'ensemble du dispositif de filtrage reposera exclusivement sur des autorités administratives sans qu'aucun contrôle indépendant ne soit prévu quant à la qualification du caractère pornographique des images ou représentations des mineurs en question tel que défini à l'article 227-23 du code pénal.

Pour éviter ce risque, l'Assemblée nationale avait prévu en première lecture que ce filtrage ne pourrait se faire qu'« *après accord de l'autorité judiciaire* ».

En première lecture, le Sénat avait supprimé le contrôle de l'autorité judiciaire, mais exigé en échange que les images ou représentations des mineurs devaient avoir un « *caractère manifestement pornographique* », et que si, tel n'était pas le cas, il appartiendrait à l'autorité administrative de saisir l'autorité judiciaire.

Dans la version finalement retenue, le texte ne contient plus aucune référence au caractère manifestement pornographique des images en cause, ni d'intervention de l'autorité judiciaire. Lors du débat en première lecture au Sénat, le Rapporteur de la Commission des Lois avait justifié la suppression de la mention relative à l'autorité judiciaire, au motif que « *la disposition proposée présente une portée beaucoup plus restreinte [que la loi HADOPI], puisqu'elle tend non à interdire l'accès à Internet, mais à empêcher l'accès à un site déterminé en raison de son caractère illicite* » (compte rendu intégral de la séance du 8 septembre 2010).

Les requérants veulent bien admettre que la disposition est plus « *restreinte* » que dans la loi HADOPI. Pour autant, ils ne sauraient se rendre à l'analyse que fait le Rapporteur de votre décision n° 20099-580 DC du 10 juin 2009. Qu'en effet, ce qui importe n'est pas l'ampleur de la restriction, mais selon vos propres termes, « *la nature de la liberté garantie par l'article 11 de la Déclaration de 1789* » (cons. 16), liberté à propos de laquelle vous aviez déclaré qu'il s'agissait d'une « *liberté fondamentale, d'autant plus précieuse que son existence est une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés* » (94-345 DC du 29 juillet 1994, cons. 5).

Comme l'indique le commentaire aux Cahiers n° 27 de la décision HADOPI 1, cette liberté doit être préservée aussi bien dans sa dimension « *passive* », le citoyen étant alors récepteur de l'information, que dans sa dimension « *active* », le citoyen étant alors émetteur de l'information.

De surcroît, la possibilité de filtrage ne peut s'analyser en une simple mesure de police administrative dès lors que, comme il ressort clairement des débats devant les deux assemblées, elle implique une appréciation préalable du caractère illicite des images ou représentations en cause, telles qu'elles sont définies à l'article 227-23 du code pénal.

Que l'on songe par exemple à la dernière exposition de Larry Clark qui s'est tenue au Musée d'art moderne de la ville de Paris dont le contenu de certaines photos représentant de jeunes adolescents a donné lieu à une importante polémique. Il est bien évident que selon les sensibilités de chacun, d'aucuns y verront des images manifestement pédopornographiques, là où d'autre n'y verront que le libre exercice d'expression de l'artiste photographe.

Aussi, du fait de l'appréciation qu'appelle le filtrage envisagé sur la nature des images et des représentations en cause, ainsi que des conséquences que cette appréciation pourra avoir sur la liberté de communication dont vous êtes les gardiens, le dispositif envisagé ne pouvait être laissé à la seule appréciation de l'autorité administrative, sans encourir votre censure.

- SUR L'ARTICLE 11

L'article 11 pour une partie codifie les dispositions des articles 21, 21-1 et le I de l'article 23 de la loi 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure relatives aux fichiers d'antécédents (STIC et JUDEX) et d'analyse sérielle.

Pour une autre partie, il étend le champ de ces différents fichiers : aux personnes qui font l'objet d'une enquête ou d'une instruction pour recherche des causes de mort ou de disparition de mineurs pour les fichiers d'antécédents ; à celles qui font l'objet d'une enquête concernant « *toute infraction* » punie de 5 ans d'emprisonnement pour les fichiers d'analyse sérielle.

Il apporte ensuite certaines précisions concernant l'effacement et la rectification des données inscrites sur les fichiers d'antécédents.

Enfin, il instaure un magistrat référent chargé, concomitamment avec le procureur de la République, du suivi et de la mise à jour de ces deux catégories de fichiers.

Les requérants n'ignorent pas que vous avez validé les dispositions équivalentes de la loi 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure concernant les fichiers d'antécédents dans votre décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003 de manière explicite, tout comme vous avez validé celles de la loi 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales concernant les fichiers d'analyse sérielle dans votre décision n° 2005-527 DC du 08 décembre 2005, mais de manière implicite.

Qu'ainsi, dans votre décision n° 2003-467 DC vous avez jugé que le législateur n'avait pas méconnu les exigences constitutionnelles relatives au « *respect de la vie privée* » (cons. 21-27), à « *l'utilisation des traitements à des fins administratives* » (cons. 28-35), au « *droit pénal des mineurs* » (cons. 36-38), au « *respect de la présomption d'innocence* » (cons. 39-43), au « *principe d'égalité* » (cons. 44), et à la « *compétence du législateur* » (cons. 45).

Vous aviez néanmoins émis cinq réserves à la constitutionnalité de ce dispositif (cons. 46) :

- que la loi du 6 janvier 1978 s'appliquera aux traitements en cause (cons.26) ;
- que les données recueillies dans les fichiers ne constitueront, dans chaque cas, qu'un élément de la décision prise, sous le contrôle du juge, par l'autorité administrative (cons. 34), et qu'elles ne sauraient être entendues comme remettant en cause l'acquisition de la nationalité française lorsque celle-ci est, en vertu de la loi, de plein droit, ni le renouvellement d'un titre de séjour lorsque celui-ci est, en vertu de la loi, de plein droit ou lorsqu'il est commandé par le respect du droit de chacun à mener une vie familiale normale (cons. 35) ;
- qu'il appartiendra au décret prévu par la loi déférée de déterminer une durée de conservation conciliant, d'une part, la nécessité d'identifier les auteurs d'infractions et, d'autre part, celle de rechercher le relèvement éducatif et moral des mineurs délinquants (cons. 38) ;
- que toute personne inscrite dans le fichier devra pouvoir exercer son droit d'accès et de rectification des données la concernant dans les conditions prévues par l'article 39 de la loi du 6 janvier 1978 (cons. 43).

S'agissant des dispositions identiques de la loi qui vous est ici déférée, elles appellent donc nécessairement, et *a minima*, les mêmes réserves de votre haute juridiction.

Elles appellent un examen d'autant plus approfondi que, depuis vos décisions de 2003 de 2005, s'est produit un « *changement de circonstances* » au sens de l'article 23-2 de l'ordonnance révisée n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel qui permet de vous soumettre une question prioritaire de constitutionnalité, quand bien même la disposition en cause eut été préalablement déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision antérieure (2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010). Rien ne s'oppose en effet à ce que dans le cadre d'une saisine *a priori*, votre haute juridiction tienne compte d'un tel changement de circonstances lorsqu'elle procède à l'examen de dispositions qui sont pour partie identiques à des dispositions qu'elle a auparavant déclarées conformes à la Constitution.

Or en l'espèce, dans un rapport remis au Premier ministre le **20 janvier 2009 relatif au contrôle du STIC**², la Commission nationale de l'informatique et des libertés a

²http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/approfondir/dossier/Controles_Sanctions/Conclusions%20de%20s%20controles%20STIC%20CNIL%202009.pdf

constaté que « *seules 17 % des fiches de personnes mises en cause étaient exactes* »³. D'une manière générale, le rapport met en évidence que les dispositions de la loi de 2003 relatives au suivi et aux rectifications du STIC étaient manifestement ineffectives. **Pourtant, en 2009, ce n'est pas moins de 5,58 millions de personnes physique mises en cause qui figuraient dans ce fichier, chiffre en augmentation de 41% par rapport à 2001**⁴.

Or il est un principe fondamental inscrit au 4° l'article 6 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés – loi dont le rappelait Joël BOYER le « *statut particulier* » au regard de votre jurisprudence « *est incontestable* »⁵ – et selon lequel les données inscrites dans un fichier doivent être « *exactes, complètes et, si nécessaire, mises à jour* ».

C'est ainsi à l'aune de cette circonstance nouvelle, et alarmante, que les requérants vous demandent de considérer à nouveau les dispositions identiques de la loi ici déferée à la loi de 2003 que vous aviez, sous réserve, déclarées conformes à la Constitution.

Par ailleurs, certaines des dispositions nouvelles de la loi appellent, sinon la censure, du moins des réserves de votre haute juridiction au regard de l'incompétence négative dont a fait preuve le législateur et de « *l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi* » qui « *lui impose d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques* » (2004-499 DC du 29 juillet 2004, cons. 29).

Il en va ainsi de l'article 230-8 du code de procédure pénale tel qu'il résulte de l'article 11 de la loi et qui distingue selon que les décisions de classement sans suite sont « *motivées par une insuffisance de charges* », et les autres décisions de classement sans suite.

Il est prévu que les premières fassent l'objet d'une « *mention, sauf si le procureur de la République ordonne l'effacement des données personnelles* », tandis que les secondes « *font l'objet d'une mention* », mais sans possibilité pour le procureur de la République d'ordonner l'effacement des données personnelles.

Cette différence de régime est parfaitement injustifiée, et par voie de conséquence totalement inintelligible. Elle aboutirait en effet à ce résultat, on ne peut plus paradoxal, qu'une personne qui a bénéficié d'un classement sans suite pour défaut d'infraction se verrait maintenue sur un fichier de police ou de gendarmerie sans possibilité d'en être rayé, tandis que celle sur laquelle continue à peser des soupçons pourrait, elle, bénéficier d'un retrait de ces fichiers.

³ P. 26 du rapport.

⁴ Rapport d'information n° 1548 de l'Assemblée nationale, *Fichiers de police. Les défis de la République*.

⁵ « Fichiers de police judiciaire et normes constitutionnelles : quel ordre juridictionnel ? », *Petites Affiches*, 22 mai 2003, n° 102.

Par ailleurs, la portée de la dernière phrase de cette disposition n'est pas non plus d'une grande clarté. Elle prévoit que : « *Lorsqu'une décision fait l'objet d'une mention, les données relatives à la personne concernée ne peuvent faire l'objet d'une consultation dans le cadre des enquêtes administratives prévues à l'article 17-1 de la loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité* ».

Or rien n'indique si cette précision n'est valable que pour les décisions de classement sans suite visées à l'avant dernière phrase de l'article 230-8, ou si elle concerne toutes les décisions innocentant une personne donnant lieu à mention visées dans l'article. Selon les requérants, c'est cette seconde interprétation qui doit être retenue, sans quoi, « *par son caractère excessif* » l'utilisation administrative des fichiers porterait une « *atteinte aux droits ou aux intérêts légitimes des personnes concernées* » (2003-467 DC du 13 mars 2003, cons. 32).

- SUR L'ARTICLE 18

Cette disposition procède à une modification du régime de la vidéosurveillance tel qu'il résulte de l'article 10 de la loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité, et modifié par la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à lutte contre le terrorisme.

Si une partie de ces dispositions demeurent à droit constant, d'autres apportent en revanche des modifications substantielles, particulièrement en ce qu'elles confèrent aux personnes privées des prérogatives qui jusque là étaient réservées aux autorités publiques : l'extension du droit à filmer certains lieux publics d'une part, la possibilité de visionner des images filmées par les autorités publiques d'autre part.

Ainsi le II de l'article 10 de la loi de 1995 autoriserait-t-il les personnes morales de droit privé à « *mettre en œuvre sur la voie publique un système de vidéoprotection 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*** ».

Jusqu'à présent, et depuis la loi de 2006 sur le terrorisme, la possibilité pour les personnes privées d'installer des systèmes de vidéosurveillance sur la voie publique était limitée à la seule « *protection des abords immédiats de leurs bâtiments et installations (...) dans les lieux susceptibles d'être exposés à des actes de terrorisme* ».

Le III de l'article 10 permettrait quant à lui que le visionnage des images soit « *assuré par les agents de l'autorité publique ou les salariés de la personne morale titulaire de l'autorisation ou par ceux des opérateurs publics ou **privés agissant pour leur compte en vertu d'une convention***. » Cette seconde hypothèse vise ainsi à permettre que des

images prises par un système de vidéosurveillance public soient visionnées par des agents de droits privé.

Or, en agissant de la sorte, le législateur a délégué à des personnes privées des tâches inhérentes à l'exercice par l'Etat de ses missions de souveraineté (1), et méconnu les exigences constitutionnelles liées à la protection de la liberté individuelle et de la vie privée (2).

1. Quant à la méconnaissance des prérogatives souveraines de l'Etat

A l'occasion de l'examen de la loi n°2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure, vous aviez rappelé avec force que « *les tâches inhérentes à l'exercice par l'Etat de ses missions de souveraineté* » ne sauraient faire l'objet d'une délégation à des personnes privées (2002-461 DC du 29 août 2002, cons. 8).

C'est pourtant ce que fait ici le législateur avec les dispositions contestées telles que décrites ci-dessus, qui aboutissent *de facto*, à **autoriser les personnes privées à procéder à une surveillance générale de la voie publique.**

Il le fait d'abord en permettant aux personnes morales de droit privé d'installer des systèmes de vidéosurveillance non plus aux « *abords immédiats* », mais aux « *abords* » de leurs bâtiments et installations dans des lieux « *exposés à des risques d'agression ou de vol* »

Or, *primo*, le terme « *abord* » est beaucoup moins précis que celui d'« *abord immédiat* ». *Secundo*, il n'existe pas un lieu qui n'est pas susceptible d'être exposé à des risques d'agression ou de vol. Qu'ils le soient « *particulièrement* » offre peut-être une garantie sémantique, certainement pas juridique.

Le ministre de l'intérieur ne s'en est d'ailleurs pas caché à l'occasion des débats à l'Assemblée nationale en déclarant : « *Je souhaite que la loi indique clairement que l'efficacité des systèmes de vidéoprotection nécessite qu'elle puisse balayer un champ plus large que les quelques mètres situés devant la porte du commerce ou de l'usine concernés, dans un souci de protection.* » (compte rendu intégral des débats de la 2^{ème} séance du 11 février 2010).

Le législateur le fait ensuite en permettant à des personnes privées de procéder au visionnage d'images relevant des autorités publiques, et donc à participer elle-même à la surveillance de la voie publique.

Or comme l'a rappelé le Conseil d'Etat, la surveillance de la voie publique relève exclusivement des missions de police administrative. Il a ainsi jugé qu'un « *contrat, qui ne se limitait pas à confier [à une entreprise privée] des tâches de surveillance et de gardiennage des immeubles et du mobilier urbain de la commune et avait pour effet de lui faire assurer une mission de surveillance des voies publiques de l'ensemble de la*

commune, était entaché d'illégalité » en ce qu'il « portait sur les missions de surveillance de la ville » (*Commune d'Ostricourt*, 29 décembre 1997, n° 170606).

D'une manière générale, et comme vous avez eu l'occasion de le rappeler, la vidéosurveillance concourt aux « objectifs de valeur constitutionnelle de préservation de l'ordre public » (94-352 DC du 18 janvier 1995, cons. 4). De même que « préserver l'ordre public » et « prévenir les infractions » sont la définition même de la police administrative (2005-532 DC du 19 janvier 2006, cons. 5). Or il résulte de votre jurisprudence que la police administrative relève de la compétence des maires, des préfets (94-352 DC du 18 janvier 1995, cons. 4), du Premier ministre qui dispose « d'attributions de police générale qu'il exerce en vertu de ses pouvoirs propres et en dehors de toute habilitation législative » (2000-434 DC du 20 juillet 2000, cons. 19) ou encore des autorités administratives indépendantes (89-271 DC du 11 janvier 1990, cons. 3).

Elle ne saurait en revanche être le fait de personnes privées. Ainsi en avez-vous jugé en relevant à propos des agents privés assermentés dans le cadre de la loi HADOPI qu'ils n'étaient « pas investis du pouvoir de surveiller ou d'intercepter des échanges ou des correspondances privés » (2009-580 DC du 10 juin 2009, cons. 30).

Dès lors, et ce quelles que soient les précautions prises par le législateur pour encadrer ce dispositif, il ne pouvait sans encourir votre censure confier à des personnes privées des prérogatives inhérentes à la police administrative.

2. Quant à l'atteinte à la liberté individuelle et à la vie privée

Il ressort de votre jurisprudence relative à la vidéosurveillance que cette dernière, future devenue vidéoprotection, est susceptible de méconnaître le « droit au respect de la vie privée » qui est lui même « de nature à porter atteinte à la liberté individuelle » (94-352 DC du 18 janvier 1995, cons. 3).

Or les requérants considèrent qu'en confiant à des personnes privées un pouvoir de surveillance aussi étendu que celui accordé aux autorités publiques, le législateur à méconnu la nécessaire conciliation qu'il lui appartenait d'effectuer entre la préservation de l'ordre public et le respect des libertés constitutionnellement garanties.

A cet égard les requérants, avec la Commission de Venise, rappellent que le droit au respect de la vie privée ne se limite pas à la sphère du domicile ou de l'intimité, mais vaut aussi dans l'espace public⁶. L'ingérence acceptable dans une société démocratique doit donc être strictement proportionnée, ou, pour reprendre vos propres termes, être adaptée, nécessaire et proportionnée à l'objectif de prévention poursuivi (2008-562 DC du 21 février 2008, cons. 13).

⁶ Commission européenne pour la démocratie par le droit, *Avis sur la vidéosurveillance dans les sphères publiques et privées par des opérateurs privés et dans la sphère privée par les autorités publiques et la protection des droits de l'homme*, Etude n° 430/2007, 8 juin 2007.

Or la privatisation de la surveillance de l'espace public à laquelle il est ici procédé ne répond à aucun de ces critères, sauf à admettre qu'il est nécessaire que la puissance publique s'en remette dorénavant à la sphère privée pour assurer la protection de ses citoyens.

C'est d'ailleurs entre autre parce que le législateur de 1995 avait exigé que *« l'autorisation préfectorale prescrive toutes les précautions utiles, en particulier quant à la qualité des personnes chargées de l'exploitation du système de vidéosurveillance ou visionnant les images et quant aux mesures à prendre pour assurer le respect des dispositions de la loi »* que vous aviez validé ce dispositif dont les personnes privées étaient exclues (94-352 DC du 18 janvier 1995, cons. 7).

En l'absence de garanties équivalentes dans le texte ici disputé, il en résulte une atteinte manifestement excessive à la liberté individuelle et au respect de la vie privée qui appelle votre censure.

- SUR L'ARTICLE 37

Conformément à l'article 23 bis de la loi :

« Après l'article 132-19-1 du code pénal, il est inséré un article 132-19-2 ainsi rédigé :

« Art. 132-19-2. - Pour les délits prévus aux articles 222-9, 222-12 et 222-13, au 3° de l'article 222-14, au 4° de l'article 222-14-1 et à l'article 222-15-1, la peine d'emprisonnement ne peut être inférieure aux seuils suivants :

« 1° Dix-huit mois, si le délit est puni de sept ans d'emprisonnement ;

« 2° Deux ans, si le délit est puni de dix ans d'emprisonnement.

« Toutefois, la juridiction peut prononcer, par une décision spécialement motivée, une peine inférieure à ces seuils ou une peine autre que l'emprisonnement en considération des circonstances de l'infraction, de la personnalité de son auteur ou des garanties d'insertion ou de réinsertion présentées par celui-ci. »

Les délits auxquels s'appliquera cette disposition sont donc les suivants :

- Article 222-9 : *« Les violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente sont punies de dix ans d'emprisonnement et de 150000 euros d'amende. »*

- Article 222-12 : Les violences ayant entraîné une incapacité totale de travail pendant plus de huit jours lorsqu'elles sont commises contre certaines personnes, dans certaines circonstances, ou dans certains lieux. Il prévoit une peine de 7 ans lorsque les violences sont commises avec deux circonstances aggravantes.

- Article 222-13 : Les violences ayant entraîné une incapacité de travail inférieure ou égale à huit jours ou n'ayant entraîné aucune incapacité de travail lorsqu'elles sont commises contre certaines personnes, dans certaines circonstances, ou dans certains

lieux. Il prévoit une peine de 7 ans lorsque les violences sont commises avec trois circonstances aggravantes.

- Article 222-14-3° : « *Les violences habituelles sur un mineur de quinze ans ou sur une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente* », lorsqu'elles « *ont entraîné une incapacité totale de travail pendant plus de huit jours* », sont punies de 10 ans d'emprisonnement.

- Article 222-14-1-4° : « *Lorsqu'elles sont commises en bande organisée ou avec guet-apens, les violences commises avec usage ou menace d'une arme sur un fonctionnaire de la police nationale, un militaire de la gendarmerie, un membre du personnel de l'administration pénitentiaire ou toute autre personne dépositaire de l'autorité publique, ou sur un sapeur-pompier civil ou militaire ou un agent d'un exploitant de réseau de transport public de voyageurs dans l'exercice, à l'occasion de l'exercice ou en raison de ses fonctions ou de sa mission* », lorsqu'elles « *n'ont pas entraîné une incapacité totale de travail pendant plus de huit jours* », sont punies de 10 ans d'emprisonnement.

- Article 222-15-1 : L'embuscade, « *lorsque les faits sont commis en réunion* », est punie de 7 ans d'emprisonnement.

Dans toutes ces circonstances, le dispositif contesté a pour objet d'instaurer ce qu'il est convenu d'appeler des « *peines planchers* », peines qui étaient jusque là réservées aux infractions commises en état de récidive depuis la loi n°2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs.

Parce que le législateur a étendu ces peines qui devaient demeurer exceptionnelles au regard de leur impact sur les libertés individuelles à des primo délinquants, y compris mineurs, les requérants considèrent que les exigences constitutionnelles de nécessité (1) et d'individualisation des peines (2), ainsi celles relatives au droit pénal des mineurs (3), n'ont pas été respectées.

1. Quant à la nécessité des peines planchers

Conformément à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « *La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires...* ».

De cela, et selon une jurisprudence constante, vous en avez déduit que « *si la nécessité des peines attachées aux infractions relève du pouvoir d'appréciation du législateur* », il vous incombe néanmoins de vous « *assurer de l'absence de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue* » (2007-554 DC du 09 août 2007, cons. 8).

Or en l'espèce, vous ne manquerez pas de constater que l'application des peines minimales telle qu'elle est ici envisagée est manifestement disproportionnée, dès lors qu'elle pourra concerner des primo délinquants, et ce pour des délits qui, pour être

graves, ne présentent pas tous pour autant un degré de gravité particulière suffisant pour justifier la sévérité de la sanction envisagée.

Les requérants n'ignorent pas que vous aviez validé le recours à ce type de peines telles qu'elles avaient été instituées par la loi de 2007 sur la récidive, considérant notamment que l'article 8 de la Déclaration de 1789 ne « *saurait faire obstacle à ce que le législateur fixe des règles assurant une répression effective des infractions* » (*ibid.*, cons. 13).

Mais votre validation avait tenu compte du fait que, s'agissant de la nouvelle récidive légale, elle constituait « *en elle-même une circonstance objective de particulière gravité* » (cons. 10).

S'agissant de peines qui seraient maintenant applicables à tout délinquant, fut il primo délinquant, et non récidiviste, vous vous devez à tout le moins de vérifier qu'elles ne s'appliqueront que pour les délits qui présentent effectivement une « particulière gravité ».

C'était d'ailleurs la position adoptée par la Commission des Lois du Sénat, puis par le Sénat lui-même, en première et seconde lecture. Ainsi la Commission avait-elle dans un premier temps émis à l'unanimité un avis défavorable au principe même de la peine minimale applicable au primo délinquant, avant de l'accepter, mais à la condition de « *limiter son champ aux violences les plus graves, punies de dix ans d'emprisonnement et ayant entraîné une ITT supérieure à quinze jours* » (rapport n° 214 (2010-2011), p. 37).

Or le texte finalement adopté aura pour effet d'entraîner l'application des peines planchers à des infractions qui n'ont entraîné aucune ITT, et dont il est patent pourtant qu'elles ne présentent pas toujours de particulière gravité.

Ainsi, au titre de l'article 222-13 du code pénal, tomberaient sous le coup des peines planchers de 18 mois d'emprisonnement, les mineurs de 15 ans (1°) qui participeraient à une rixe à plusieurs (8°) dans un établissement scolaire ou à son abord (11°). De même ferait encourir une peine minimale de 18 mois la rixe entre adultes (8°) en état d'ébriété (14°) sur le quai d'un métro ou dans une gare (13°). Et ce, dans les deux cas, alors qu'aucun blessé ne serait à déplorer.

Or pourtant dans ces deux hypothèse, la peine plancher encourue de 18 mois sera supérieure à la peine minimale encourue pour meurtre ! Puisque, en effet, conformément à l'article 132-18 du code pénal, lorsqu'il est prévue une peine à temps, ce qui est bien le cas pour le meurtre simple qui est puni de 30 ans de réclusion criminelle, il est prononcé une « *peine d'emprisonnement qui ne peut être inférieure à un an* ».

Par ailleurs, au titre du 4° de l'article 222-14-1, serait encourue la peine plancher de 2 ans pour ceux qui auront caillassé des pompiers après avoir mis le feu à un objet pour les attirer, quand bien même il n'y aurait eu aucun blessé.

Cela signifie que les auteurs de ces actes qui, aussi graves soient-ils, sont heureusement restés sans conséquences, encourront exactement le même peine minimale que l'auteur d'un acte de torture, que l'auteur d'un assassinat, ou encore que l'auteur d'un viol sur mineur accompagné d'actes de barbaries ; l'article 132-18 du code pénal prévoyant en effet pour les crimes punis de la perpétuité « *une peine d'emprisonnement qui ne peut être inférieure à deux ans* ».

Ainsi, en retenant des peines planchers égales, voire même supérieures à celles prévues pour les crimes les plus graves, le législateur a commis une erreur manifeste d'appréciation dans l'échelle des peines. Si les requérants se sont opposés, et s'opposent toujours au dispositif des peines planchers pour la récidive, au moins ne pouvaient-ils faire grief au législateur de 2007 d'avoir manqué de cohérence de ce point de vue.

C'est pourquoi vous ne pourrez pas manquer de constater le caractère manifestement disproportionné de la peine minimale envisagée par cette disposition, à tout le moins quand elle a pour effet de s'appliquer à des délits punissables d'une peine d'emprisonnement inférieure à 10 ans, et qui n'ont pas entraîné une ITT supérieure à 8 jours.

2. Quant à l'individualisation des peines planchers

Il est constant que le « *principe d'individualisation des peines (...) découle de l'article 8 de la Déclaration de 1789* » (2007-554 DC du 09 août 2007, cons. 13).

Il est également exact que la peine plancher n'est pas automatique puisqu'il est prévu que « *la juridiction peut prononcer, par une décision spécialement motivée, une peine inférieure à ces seuils ou une peine autre que l'emprisonnement en considération des circonstances de l'infraction, de la personnalité de son auteur ou des garanties d'insertion ou de réinsertion présentées par celui-ci* ».

Or c'est en vous fondant sur une disposition identique de la loi sur la récidive de 2007 que vous aviez jugé qu'il n'avait pas été « *porté atteinte au principe d'individualisation des peines* » (cons. 14).

Pour autant, le fait que le juge puisse dans une décision de condamnation relever l'intéressé d'une sanction de plein droit ne vous conduit pas systématiquement à constater le respect du principe d'individualisation des peines. A l'inverse même, vous avez jugé contraire à la Constitution l'article L.7 du code électoral qui emportait une incapacité automatique d'exercer une fonction publique élective d'une durée égale à cinq ans, et ce alors même que l'intéressé pouvait « *être, en tout ou partie, y compris immédiatement, relevé de cette incapacité dans les conditions définies au second alinéa de l'article 132-21 du code pénal* ». Vous aviez en effet alors considéré que « *cette possibilité ne saurait, à elle seule, assurer le respect des exigences qui découlent du principe d'individualisation des peines* » (2010-6/7 QPC du 11 juin 2010, cons. 5).

En l'espèce, et s'agissant de primo délinquants, les requérants considèrent que la faculté offerte au juge de ne pas appliquer une peine plancher ne saurait, à elle seule, assurer le respect du principe d'individualisation des peines.

La garantie du respect de ce principe est d'autant moins assurée, qu'en appliquant dorénavant les peines minimales aux délits commis hors récidive aussi bien qu'en état de récidive, ledit principe est devenu, non seulement *de facto* mais aussi *de jure*, l'exception. Qu'en effet, le législateur a ainsi, par touches successives, fait de la liberté l'exception, et de la détention la règle.

Aussi, en étendant le dispositif des peines planchers, le législateur a-t-il porté une atteinte excessive et manifeste au principe de la liberté individuelle, qui résulte aussi bien des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (76-75 DC du 12 janvier 1977, cons. 1), que des articles 1^{er}, 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (94-343/344 DC du 27 juillet 1994, cons. 3), que de l'article 66 de la Constitution, **et qui impose que la liberté soit la règle, et la détention l'exception.**

3. Quant aux principes applicables au droit pénal des mineurs

En appliquant de la même manière aux adultes et aux mineurs le dispositif des peines minimales, le législateur a de surcroît méconnu le principe fondamental reconnu par les lois de la République qui impose « *l'atténuation de la responsabilité pénale des mineurs en fonction de l'âge, comme la nécessité de rechercher le relèvement éducatif et moral des enfants délinquants par des mesures adaptées à leur âge et à leur personnalité* » (2002-461 DC du 29 août 2002, cons. 26).

En effet, s'il est exact que ce principe n'implique pas que les « *mesures contraignantes ou les sanctions devraient **toujours** être évitées au profit de mesures purement éducatives* », il impose néanmoins qu'elles **soient toujours envisagées en priorité.**

Conformément aux engagements internationaux de la France, et notamment à l'article 37 de la Convention internationale des droits de l'enfant, la détention ne doit « *être qu'une mesure de dernier ressort* ». Et c'est la raison pour laquelle l'article 2 de l'ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante prévoit que « *Le tribunal pour enfants ne peut prononcer une peine d'emprisonnement, avec ou sans sursis, qu'après avoir spécialement motivé le choix de cette peine* ».

Ici encore, le législateur a inversé la logique qui préside à la justice des mineurs, et qui exige que ce ne soit non pas la liberté qui soit motivée, mais bien la privation de liberté.

Si vous avez pu valider l'application des peines planchers aux mineurs (2007-554 DC du 09 août 2007, cons. 24-26), c'est uniquement parce qu'il s'agissait de mineurs récidivistes. Or comme il l'a déjà été indiqué, dans la mesure où le dispositif ici contesté pourra s'appliquer à des mineurs primo délinquants, pour des faits qui ne

présentent pas une particulière gravité⁷, il va au-delà de ce que les principes constitutionnels applicables à la justice pénale des mineurs n'autorisent.

A cet égard, il n'est pas anodin de relever que le Rapporteur de la Commission des Lois du Sénat a lui-même observé que, « *en faisant de la peine de prison le principe et de la peine alternative l'exception pour un large éventail d'infractions, y compris hors récidive* », l'article en cause « *tend à introduire dans notre droit des dispositions contraires aux principes qui fondent le droit pénal des mineurs* » (rapport n° 214 (2010-2011), p. 43).

Pour l'ensemble de ces motifs, les dispositions en cause appellent votre censure.

- SUR L'ARTICLE 38

En ce que le 1° de l'article 38 a pour objet d'introduire à l'article 221-3 du code pénal une disposition permettant d'étendre la possibilité de prononcer une peine de sureté de 30 ans ou une peine incompressible lorsqu'un assassinat « *a été commis sur un magistrat, un fonctionnaire de la police nationale, un militaire de la gendarmerie, un membre du personnel de l'administration pénitentiaire ou toute autre personne dépositaire de l'autorité publique, à l'occasion de l'exercice ou en raison de ses fonctions* ».

Vous avez validé la possibilité de prononcer de telles peines de sureté ainsi que des peines incompressibles dans votre décision n° 93-334 DC du 20 janvier 1994 pour l'assassinat de mineurs précédé ou accompagné d'un viol, de tortures ou d'actes de barbarie (cons. 7).

Mais ainsi l'avez vous fait en tenant compte deux catégories d'éléments qui confèrent à ces crimes une particulière gravité : la qualité de la victime d'une part, et les circonstances de l'assassinat d'autre part.

Or dans le cas d'espèce, c'est la seule qualité des victimes qui commandera la mise en œuvre du dispositif le plus répressif de notre arsenal pénal, et non plus les circonstances dans lesquelles l'assassinat aura été commis, comme l'avait pourtant souhaité le Sénat. Dans la version votée par ce dernier en effet, ces peines n'auraient été encourues que si le crime avait été commis « *en bande organisée ou avec guet apens* ».

Si les requérants n'ont cessé à l'occasion des débats de condamner avec la plus grande fermeté les crimes commis notamment à l'encontre des forces de l'ordre, ils ne sauraient pour autant comparer la vulnérabilité d'un enfant de moins de 15 ans, et celle d'un policier en armes. Aussi considèrent-ils que, comme pour les mineurs, les

⁷ V. *supra* 1.

circonstances qui précèdent ou accompagnent les crimes en question auraient dû être prises en considération.

A l'inverse, en ne retenant que la qualité des victimes, et non les circonstances dans lesquelles le crime a été commis, le législateur n'a pas respecté la cohérence de l'échelle des peines, et a ainsi introduit des peines disproportionnées au regard de l'infraction commise, contraires à l'exigence de nécessité telle qu'inscrite à l'article 8 de la Déclaration de 1789 (2007-554 DC du 09 août 2007, cons. 8).

Pour ce motif, cette disposition encourt votre censure.

- SUR L'ARTICLE 41

L'article 41 a pour objet d'intégrer dans l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante un article 8-3 aux termes duquel : « *Le procureur de la République peut poursuivre un mineur devant le tribunal pour enfants selon la procédure prévue à l'article 390-1 du code de procédure pénale si des investigations supplémentaires sur les faits ne sont pas nécessaires et que des investigations sur la personnalité du mineur ont été accomplies, le cas échéant à l'occasion d'une procédure engagée dans les six mois précédents ou d'une procédure ayant donné lieu à une condamnation dans les six mois précédents* ».

Il serait ainsi permis au Procureur de la République de convoquer un mineur par officier de police judiciaire devant le tribunal pour enfant. En d'autres termes, il s'agit ni plus ni moins d'aligner encore un peu plus la comparution des mineurs sur le modèle de la comparution immédiate réservée aux majeurs, et de court-circuiter, *in fine*, le juge des enfants.

Un rapprochement de la sorte avait déjà été entamé par la loi n° 2007-597 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance qui avait institué la procédure de « *présentation immédiate devant la juridiction pour mineurs* ».

Pour les requérants, cette étape supplémentaire dans l'alignement du droit pénal des mineurs sur celui des majeurs constitue une violation manifeste du principe fondamental reconnu par les lois de la République qui impose que les mesures adoptées à leur endroit soient « *adaptées à leur âge et à leur personnalité* », et qu'elles soient « *prononcées par une juridiction spécialisée ou selon des procédures appropriées* » (2007-553 DC du 03 mars 2007, cons. 9).

Comme vous ne manquerez pas de le constater en effet, les conditions et les garanties qui vous avaient conduit à valider la procédure de présentation immédiate en 2007 ne sont en l'espèce absolument plus réunies.

La seule limite à l'application de la convocation par OPJ des mineurs est ici que des investigations sur la personnalité du mineur aient été effectuées dans un délai de moins

de 6 mois. A cet égard d'ailleurs, le fait de prendre en compte les *condamnations* prononcées dans les 6 mois précédents n'est manifestement pas pertinent pour connaître de la personnalité du mineur en cause. **Car si la condamnation est récente, l'enquête sur sa personnalité peut, elle, lui être très antérieure.**

La limite, pourtant *a minima*, qu'avait tenté d'introduire le Sénat selon laquelle il devait au moins y avoir similarité entre les faits commis a, quant à elle, été balayée d'un revers de la main.

Ainsi, une fois cette condition des 6 mois remplie, ce sont bien tous les mineurs qui pourront faire l'objet de cette procédure, qu'ils aient entre 13 et 16 ans, ou 16 ans et plus, et pour toutes les infractions, quel que soit le quantum de la peine encourue, flagrantes ou non, le tout sans que soit respecté le délai minimal de dix jours qui doit, en principe, séparer la date de présentation de celle de l'audience du tribunal pour enfants, et ce sans que ni le mineur, ni son avocat, ni ses représentants légaux ne puissent s'y opposer.

Or, pour valider le dispositif de la loi de 2007 votre haute juridiction avait notamment relevé que :

- la procédure de présentation immédiate n'était applicable « *qu'aux mineurs âgés de seize à dix-huit ans* » (cons. 15) ;
- « *si le quantum des peines qui détermine la faculté de recourir à cette procédure est abaissé, il demeure supérieur à celui qui conditionne le recours à la comparution immédiate pour les majeurs* » (cons. 16) ;
- « *si la loi permet de procéder au jugement de l'affaire sans que soit respecté le délai minimal de dix jours, c'est à la condition que le mineur et son avocat y consentent expressément et que les représentants légaux du mineur, dûment convoqués, ne s'y opposent pas* » (cons. 16).

Et c'est seulement « *eu égard à l'ensemble des précautions ainsi prises par le législateur* » que vous aviez conclu au respect des « *principes constitutionnels propres à la justice des mineurs* » (cons. 17).

A cet égard, et en l'absence totale de précautions semblables en l'espèce, vous ne pourrez ainsi que constater que, à l'inverse, le législateur a méconnu lesdits principes constitutionnels applicables à la justice des mineurs.

- SUR L'ARTICLE 43

Le IV de l'article 43 de la loi qui vous est déférée prévoit que : « *En vue, le cas échéant, de saisir le président du conseil général en application du premier alinéa de l'article L. 222-4-1 du code de l'action sociale et des familles pour la mise en œuvre d'un contrat de responsabilité parentale, le représentant de l'État dans le département ou, à Paris, le préfet de police, est informé par le procureur de la République des*

mesures alternatives aux poursuites et des jugements devenus définitifs lorsque ces mesures et jugements concernent des infractions commises par des mineurs résidant sur le territoire du département. »

Ce dispositif impose ainsi au Procureur de la République de faire connaître systématiquement au préfet, et indirectement aux présidents des conseils généraux, des décisions de justice qui leur sont en principe inaccessibles, sauf circonstances limitativement définies.

Ainsi, conformément à l'article 776 du code de procédure pénal, le bulletin n° 2 du casier judiciaire ne peut être délivré aux préfets que lorsqu'ils sont « *saisis de demandes d'emplois publics, de propositions relatives à des distinctions honorifiques ou de soumissions pour des adjudications de travaux ou de marchés publics ou en vue de poursuites disciplinaires ou de l'ouverture d'une école privée, ainsi que de demandes d'agrément destinées à permettre la constatation par procès-verbal d'infractions à la loi pénale* » (1°), et aux présidents de conseils généraux lorsqu'ils sont « *saisis d'une demande d'agrément en vue d'adoption* » (5°).

Mais surtout, cela rendra ces personnes destinataires d'information qu'elles n'auraient jamais pu connaître par ailleurs, fussent-elles habilités à consulter le bulletin n° 2 du casier judiciaire, pour la raison que, en application du principe de l'accès restreint aux informations relatives aux condamnations dont font l'objet les mineurs, l'article 775 du code de procédure pénale exclut de l'inscription au bulletin n° 2 les condamnations prononcées en vertu de l'ordonnance de 1945 (1°).

C'est donc à nouveau une atteinte au principe constitutionnel de « *l'atténuation de la responsabilité pénale des mineurs en fonction de l'âge* », (2007-553 DC du 03 mars 2007, cons. 9) qui appelle votre censure, et ce d'autant plus qu'elle a pour effet d'imposer un régime plus rigoureux aux mineurs qu'aux majeurs qui, eux, ne peuvent faire l'objet d'un tel signalement, créant par la même occasion une rupture d'égalité aux dépens des premiers.

- SUR L'ARTICLE 53

L'article 53 tend à insérer dans le code de commerce un article L. 443-2-1 ainsi rédigé : « *Le fait, sans autorisation du producteur, de l'organisateur ou du propriétaire des droits d'exploitation d'une manifestation sportive, culturelle ou commerciale, d'offrir, de mettre en vente ou d'exposer en vue de la vente, sur un réseau de communication au public en ligne, des billets d'entrée ou des titres d'accès à une telle manifestation pour en tirer un bénéfice est puni de 15 000 € d'amende* ».

Il prévoit en outre d'insérer dans le même code un article L. 443-3 selon lequel : « *Les personnes morales déclarées responsables pénalement de l'infraction définie à*

l'article L. 443-2-1 encourent, outre l'amende suivant les modalités prévues à l'article 131-38 du code pénal, les peines prévues à l'article 131-39 du même code. »

Ces dispositions ont été adoptées en méconnaissance des exigences constitutionnelles d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi (1), de nécessité des peines (2), et d'égalité devant la loi (3).

1. Quant à l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi

Ici, ce sont bien et l'accessibilité, et l'inintelligibilité, qui sont toutes deux en cause.

Comme vous l'avez rappelé, « *l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité* » de la loi impose que les citoyens disposent « *d'une connaissance suffisante des normes qui leur sont applicables* » (99-421 DC du 16 décembre 1999, cons. 13).

Vous aviez ainsi considéré contraire à ce principe une disposition du code électoral qui devait s'appliquer à l'élection des sénateurs, au motif notamment que l'article en cause figurait « *au titre Ier du livre Ier du code électoral, dont les dispositions ne sont pas relatives à cette élection* » (2003-475 DC du 24 juillet 2003, cons. 22).

Or en l'espèce, la disposition contestée s'insère dans le code du commerce, qui ne s'applique qu'aux commerçants ou sociétés, alors même que la nouvelle infraction s'appliquera, elle, à toute personne, particuliers ou consommateurs, indépendamment de sa qualité.

De surcroît, elle prendra place au sein du code à la suite de l'article L. 443-2 relatif au délit de hausse artificielle des enchères sur un marché, par des procédés frauduleux, qui ne possède aucun lien, même indirect, avec la nouvelle infraction inscrite au L. 443-2-1.

L'absence d'intelligibilité, quant à elle, provient de ce que l'infraction sera constituée si la personne revend un billet « *pour en tirer un bénéfice* ».

Jusqu'à présent, et en application de la loi du 27 juin 1919 portant répression du trafic des billets de théâtre, c'est la vente de billets « *à un prix supérieur à celui fixé et affiché dans les théâtres et concerts subventionnés ou avantagés* » qui était sanctionnée, autrement dit, la revente à un prix supérieure à la valeur faciale du billet.

Ici, c'est le bénéfice seul qui est visé. Notion dont vous ne manquerez pas de constater qu'elle est particulièrement floue, et d'une portée par trop extensive.

Floue, parce que cette formulation n'a aucun sens juridique autre que de droit comptable, et qu'elle implique que la vente puisse tomber sous le coup de la loi, alors même qu'elle se ferait à un prix inférieur à la valeur faciale du billet.

Extensive, parce qu'elle interdirait, *de facto*, à toute personne qui se serait vu offrir une place de concert de pouvoir la revendre, puisque, même à un prix infime, elle lui procurera un bénéfice.

Quant aux personnes morales intermédiaires, c'est-à-dire les plates formes de revente sur internet, elles seront sanctionnées pour avoir exposé les billets concernés, alors même qu'elles ne disposent d'aucun moyen de vérifier si l'offre proposée est supérieure à leur valeur faciale, et encore moins si elle implique ou non l'existence d'un « *bénéfice* ».

Il est dès lors manifeste que l'élément matériel qui est au cœur de cette infraction, de part son imprécision, ne saura, aussi bien pour les personnes physiques que morales, « *exclure l'arbitraire dans le prononcé des peines* », ni « *éviter une rigueur non nécessaire lors de la recherche des auteurs d'infractions* » (2006-540 DC du 27 juillet 2006, cons. 10)

En outre, parce qu'il permettra de poursuivre et condamner ces mêmes personnes, quand bien même elles n'auraient eu aucune intention frauduleuse, ce dispositif ne définit pas avec suffisamment de précision l'élément intentionnel de l'infraction, alors même que « *la définition d'une incrimination, en matière délictuelle, doit inclure, outre l'élément matériel de l'infraction, l'élément moral, intentionnel ou non, de celle-ci* » (99-411 DC du 16 juin 1999, cons. 16).

2. Quant à la nécessité des peines

Si la nécessité des peines attachées aux infractions relève du pouvoir d'appréciation du législateur, il vous incombe néanmoins, s'agissant de libertés constitutionnellement garanties, de contrôler « *que les atteintes portées à l'exercice de ces libertés sont adaptées, nécessaires et proportionnées à l'objectif de prévention poursuivi* » (2008-562 DC du 21 février 2008, cons. 13).

S'agissant des personnes physiques, les libertés constitutionnellement garanties ici en cause sont celles de l'exercice de leur droit de propriété (90-287 DC du 16 janvier 1991, cons. 22), et de leur liberté contractuelle (2001-451 DC du 27 novembre 2001, cons. 27).

S'agissant des personnes morales, c'est à leur liberté d'entreprendre qu'il est ici porté atteinte (81-132 DC du 16 janvier 1982, cons. 16).

L'exercice du droit de propriété est constitutionnellement garanti dans ses trois composantes : l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*. Ainsi avez-vous jugé que le fait « *de disposer librement de son patrimoine* » était « *un attribut essentiel du droit de propriété* » (98-403 DC du 29 juillet 1998, cons. 40).

Or, un billet d'entrée ou un titre d'accès constitue un bien dont le propriétaire doit pouvoir, en principe, disposer librement, sauf motif d'intérêt général particulier.

En l'occurrence, la mesure n'est adaptée à aucun des motifs évoqués par le législateur, que ce soit la lutte contre le hooliganisme, la lutte contre la vente de faux billets, ou encore la préservation de l'image des organisateurs. S'agissant de ce dernier élément, les requérants doutent d'ailleurs que cela puisse constituer un quelconque motif d'intérêt général dont le législateur devrait se faire le protecteur, et qui serait de nature à justifier une atteinte à des droits par ailleurs constitutionnellement garantis.

Par ailleurs, si c'était la revente sur internet qui était effectivement à l'origine des troubles à l'ordre public visés, alors, c'est la revente en elle-même qui aurait dû être sanctionnée. Or ici, comme l'ont déjà indiqué les requérants⁸, ce n'est pas la revente en tant que telle qui est concernée, mais la revente « *pour en tirer un bénéfice* ». **En d'autres termes, avec le dispositif retenu, il y aura toujours autant de billets en circulation, mais à un prix plus raisonnable, ce qui donc, paradoxalement, pourrait contribuer à accentuer les troubles que les promoteurs de cette disposition entendaient prévenir.**

Inadaptée donc, la sanction est de surcroît manifestement disproportionnée. Envisager de punir de 15 000 euros d'amende un jeune qui, ne pouvant se rendre à un concert, aura eu là l'occasion de gagner un peu d'argent de poche en revendant avec un petit bénéfice son billet est à proprement parler parfaitement déraisonnable.

Cela l'est d'autant plus que cette revente n'aura été nuisible à quiconque. Pas à l'acheteur qui aura librement acheté le billet. Pas à l'organisateur dont le billet avait été vendu au prix qu'il avait lui-même fixé. Pas à l'ordre public auquel une telle opération ne peut porter atteinte en tant que telle. Aussi, ni le principe posé à l'article 4 de la Déclaration de 1789 selon lequel la « *liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui* », ni celui inscrit à l'article 5 selon lequel la « *loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société* », ne sont ils ici respectés.

La disproportion apparaît d'autant plus manifeste dans l'hypothèse déjà évoquée par les requérants⁹ où, celui qui s'est vu offrir une place à titre gracieux, et qui ne peut se rendre à un spectacle, ne pourra en aucun cas la revendre, fut-ce à son prix facial, sans tomber sous le coup de la loi.

Quant aux plates formes de vente sur internet, le fait de prévoir qu'elles puissent être condamnées à une amende cinq fois supérieures à 15 000 euros, et ce autant de fois qu'une vente aura été conclue sur leur site, mais aussi être condamnées à une fermeture définitive, est également manifestement disproportionné. Car en effet, comme l'ont déjà relevé les requérants¹⁰, lesdites personnes morales sont dans l'incapacité de vérifier la valeur faciale des billets qui font l'objet d'une transaction sur leur site, ni encore moins de vérifier si le vendeur a effectivement perçu un bénéfice. **Pour elles, la sanction sera en réalité automatique, dès lors qu'une transaction aura été effectuée par leur intermédiaire.**

⁸ V. *supra* 1.

⁹ V. *supra* 1.

¹⁰ *Idem*.

3. Quant à l'égalité devant la loi

Il est constant que si le principe d'égalité de la loi inscrit à l'article 6 de la Déclaration de 1789 « *ne s'oppose ni à ce que législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général* », c'est « *pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit* » (2010-101 QPC du 11 février 2011, cons. 4).

Or il est ici manifeste que la loi, en ne visant que la revente de billets sur un « réseau de communication au public en ligne », crée une différence de traitement entre ceux qui revendront un billet sur un site internet dédié à ce type d'opérations, et ceux qui, par exemple, revendront un billet en recourant au service d'un magazine de petites annonces.

Cette différence ne saurait pourtant être justifiée par une quelconque différence de situation. Il s'agit bien là de la même opération, seul le support est différent. Ainsi la revente avec bénéfice serait interdite sur internet – et encore, pas sur tout internet puisque les réseaux d'échange Peer-2-Peer ne sont pas visés – tandis qu'elle continuerait d'être autorisée par le biais de petites annonces¹¹. On mesure là l'incongruité du procédé.

Cette différence de traitement ne possède en outre aucun lien avec l'objet de la loi, les risques de troubles à l'ordre public invoqués par le législateur étant exactement les mêmes, que les billets aient été achetés sur internet, ou qu'ils l'aient été par la voie de petites annonces papiers.

Aussi, et au regard de l'ensemble de ces motifs, la disposition qui vous est ici différée appelle encore votre censure.

- SUR L'ARTICLE 58

L'article 58 vise à remplacer le second alinéa de l'article L. 2241-2 du code des transports par trois alinéas ainsi rédigés :

« Si le contrevenant refuse ou se déclare dans l'impossibilité de justifier de son identité, les agents mentionnés au premier alinéa du II de l'article 529-4 du code de procédure pénale en avisent sans délai et par tout moyen un officier de police judiciaire territorialement compétent.

« Pendant le temps nécessaire à l'information et à la décision de l'officier de police judiciaire, le contrevenant est tenu de demeurer à la disposition d'un agent visé au premier alinéa du même II.

¹¹ Sous réserve des dispositions de la loi du 27 juin 1919 portant répression du trafic des billets de théâtre.

« Sur l'ordre de l'officier de police judiciaire, les agents peuvent conduire l'auteur de l'infraction devant lui ou bien le retenir le temps nécessaire à son arrivée ou à celle d'un agent de police judiciaire agissant sous son contrôle. »

L'actuel second alinéa de l'article L. 2241-2 du code des transports est rédigé en ces termes : *« Si le contrevenant refuse ou se trouve dans l'impossibilité de justifier de son identité, ces agents en avisent sans délai et par tout moyen un officier de police judiciaire territorialement compétent. Sur l'ordre de ce dernier, les agents visés au premier alinéa du II de l'article 529-4 du code de procédure pénale peuvent être autorisés à retenir l'auteur de l'infraction le temps strictement nécessaire à l'arrivée de l'officier de police judiciaire ou, le cas échéant, à le conduire sur-le-champ devant lui. »*

Sur le fond, et en apparence, les pouvoirs octroyés aux agents assermentés de l'exploitant du service de transport visés au 4° de l'article L. 2241-1 du code des transports auquel renvoie l'article L. 2241-2 ne sont pas modifiés : pouvoir de faire prévenir un officier de police judiciaire ; pouvoir de retenir le contrevenant ; et pouvoir de le conduire à un OPJ.

Ce qui en revanche est radicalement modifié, ce sont les garanties offertes à l'intéressé que les délais dans lesquels il peut être ainsi retenu contre sa volonté seront les plus courts possibles. En effet, l'obligation de diligence consistant à ne pouvoir retenir le contrevenant uniquement le « temps strictement nécessaire à l'arrivée » de l'OPJ ou à ce qu'il soit conduit devant lui « sur-le-champ » a été supprimée.

Or, en n'encadrant pas suffisamment les délais pendant lesquels le contrevenant peut être retenu par les agents de transport, le législateur est resté en deçà de sa compétence, et a ainsi privé de garanties légales les exigences constitutionnelles protectrices de la liberté individuelle, et particulièrement de la liberté d'aller et venir.

Il ressort en effet de manière constante de votre jurisprudence qu'il incombe au législateur de préciser les limites s'imposant aux autorités compétentes afin d'éviter toute « *rigueur non nécessaire lors de la recherche des auteurs d'infractions* » (2010-604 DC du 25 février 2010, cons. 8).

Ainsi se doit-il « *d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public nécessaire à la sauvegarde de droits et principes de valeur constitutionnelle et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties* », au nombre desquelles figurent la liberté individuelle, et particulièrement la « *liberté d'aller et venir* » (2008-562 DC du 21 février 2008, cons. 13).

Et s'il lui est loisible à tout moment « *d'adopter, pour la réalisation ou la conciliation d'objectifs de nature constitutionnelle, des modalités nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité* », ce n'est qu'à la stricte condition que l'exercice de ce pouvoir n'aboutisse pas « *à priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel* » (99-416 DC du 23 juillet 1999, cons. 6 et 10).

Aussi, parce que la possibilité donnée aux agents des transports de retenir une personne contre sa volonté doit répondre à l'ensemble de ces exigences constitutionnelles, qu'elle doit être adaptée, nécessaire et proportionnée (2008-562 DC du 21 février 2008, cons. 13), **elle ne doit pouvoir se faire que dans les délais strictement nécessaires à la réalisation des raisons qui la justifient, et non être laissée à la discrétion soit de l'OPJ, soit des agents en question.**

Or, en ne limitant pas de manière suffisamment restreinte les délais pendant lesquels les personnes pourront être retenues par les agents ou conduites devant l'OPJ pour vérification de leur identité, le législateur a laissé ici une marge de manœuvre trop importante à ces autorités, et ainsi privé de garanties légales l'exigence constitutionnelle de la liberté d'aller et venir (80-127 DC du 20 janvier 1981, cons. 58 et 93-323 DC du 05 août 1993, cons. 9). C'est pourquoi vous censurerez également cette disposition.

- SUR LES ARTICLES 60 ET 61

L'article 60 introduit un article L. 332-16-1 dans le code du sport qui permet au ministre de l'intérieur, par arrêté, d'« *interdire le déplacement individuel ou collectif de personnes se prévalant de la qualité de supporter d'une équipe ou se comportant comme tel sur les lieux d'une manifestation sportive et dont la présence est susceptible d'occasionner des troubles graves pour l'ordre public* ».

L'article 61 introduit, lui, un article L. 332-16-2, dans le même code, qui autorise les préfets de départements, par arrêté, à « *restreindre la liberté d'aller et de venir des personnes se prévalant de la qualité de supporter d'une équipe ou se comportant comme tel sur les lieux d'une manifestation sportive et dont la présence est susceptible d'occasionner des troubles graves pour l'ordre public* ».

Il est également prévu que ces arrêtés énoncent, dans le premier cas, « *la durée, limitée dans le temps, de la mesure, les circonstances précises de fait qui la motivent, ainsi que les communes de point de départ et de destination auxquelles elle s'applique* », et dans le second, « *la durée, limitée dans le temps, de la mesure, les circonstances précises de fait et de lieu qui la motivent, ainsi que le territoire sur lequel elle s'applique* ».

Enfin, il prévoit une peine de 6 mois d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende, en cas de violation desdits arrêtés.

Les requérants ne peuvent qu'adhérer aux objectifs poursuivis par le législateur visant à combattre le fléau des violences perpétrées à l'occasion de certaines manifestations sportives. En atteste le fait que, dans aucun de leurs recours déposés à l'encontre des lois précédentes contenant des dispositions « anti-hooligan », ils n'ont mis en cause

lesdites dispositions¹². Ils ne sauraient souscrire en revanche au dispositif ici en cause qui va bien au-delà de ce que peut justifier la préservation de l'ordre public, et qui porte en lui des risques trop importants pour les libertés individuelles, particulièrement celle d'aller et venir, en raison de l'imprécision des dispositions en cause (1), et du manque d'encadrement des pouvoirs de police administrative ainsi conférés au ministre de l'intérieur et aux préfets (2).

1. Quant à l'imprécision des dispositions déferées

Les requérants font ici grief à ces disposition de ne pas respecter le principe de légalité tel qu'inscrit à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, par son manque de clarté et de précision quant à la définition des personnes susceptibles d'être visées par les arrêtés en question.

Qu'en effet, l'« *objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi* » impose au législateur « *d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques* » afin de « *prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi* » (2004-509 DC du 13 janvier 2005, cons. 25).

Or la notion de « *personnes se prévalant de la qualité de supporter d'une équipe ou se comportant comme tel* » n'a pas d'équivalent dans le code du sport qui ne connaît que les « *associations de supporters* » (L. 332-17), ou les groupements « *de fait ayant pour objet le soutien à une association sportive* » (L. 332-18).

Ainsi, cette définition recouvrirait non seulement les membres d'association de supporters ou les membres de groupements de fait, mais également toute personne qui soutient de près de ou de loin une équipe de football – puisque c'est ce sport en particulier qui est manifestement visé – et ce indépendamment de son comportement passé ou actuel propre, indépendamment de la menace qu'elle représente pour l'ordre public.

Mais en réalité, en l'absence de définition plus précise, c'est toute personne qui se trouvera à proximité d'un stade et que les forces de police ou de gendarmerie considéreront comme relevant de la catégorie de supporter qui tombera sous le coup de l'arrêté. Ainsi l'application de ces dispositions dépendra-t-elle exclusivement de la l'appréciation des autorités administratives, ministérielles, préfectorales et policières, sans qu'aucune garantie légale ne vienne prémunir le risque d'arbitraire dans leur mise en œuvre.

¹² Cf. les recours précédents contre la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme, et la loi n° 2010-201 du 2 mars 2010 renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public. Et l'absence de recours contre la loi n° 2006-784 du 5 juillet 2006 relative à la prévention des violences lors des manifestations sportives.

2. Quant au manque d'encadrement des pouvoirs conférés

De surcroît le législateur est resté manifestement en deçà de sa compétence, alors que lui incombe « *d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34* » ((2004-500 DC du 29 juillet 2004, cons. 13). Que s'agissant de la préservation de l'ordre public dans le cadre de la police administrative, il lui appartient ainsi « *de fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques* » (2010-604 DC du 25 février 2010, cons. 22).

Ainsi les mesures de police administrative susceptibles d'affecter l'exercice des libertés constitutionnellement garanties doivent-elles être justifiées par une menace réelle pour l'ordre public, reposant sur des circonstances particulières caractérisant le risque de trouble à l'ordre public dans chaque espèce (*cf.* notamment 93-323 DC du 05 août 1993, cons. 9 ; 2003-467 DC du 13 mars 2003, cons. 9 ; 2010-13 QPC du 09 juillet 2010 cons. 8).

Or, ce n'est pas la menace directe à l'ordre public qui est visée par les dispositions contestées, ni le fait que les personnes en cause menacent par des éléments objectifs cet ordre public, mais leur « *présence (...) susceptible d'occasionner des troubles graves à l'ordre* ». C'est dire la marge d'appréciation ainsi octroyée aux autorités administratives en l'absence d'un cadre légal plus contraignant.

De plus, le législateur a renvoyé à ces mêmes autorités administratives le soin de définir elles-mêmes les limites à l'exercice de leur propre pouvoir de police. Ce sont ainsi elles qui seules apprécieront la durée de l'interdiction ou de la restriction de circulation, sans qu'il ne leur soit imposé une durée maximale, ni même que cette durée soit limitée à un temps strictement nécessaire. De même que ce sont elles qui apprécieront le périmètre de la restriction de la liberté d'aller et venir qui, à défaut de limite légale, pourra aussi bien concerner les abords immédiats d'un stade, que le territoire entier d'une commune, voire d'un département.

S'agissant du cas particulier des mesures d'interdiction individuelle de déplacement, la loi ne prévoit même pas les conditions dans lesquelles l'arrêté du ministre de l'intérieur devra être notifié à la personne visée ; au risque pour cette dernière de tomber sous le coup de la loi sans en avoir été préalablement avisé.

De manière générale, si conformément à l'article 34 de la Constitution c'est à la loi de fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques, en revanche « *la mise en œuvre des garanties déterminées par le législateur relève du pouvoir exécutif* », et, au sein du pouvoir exécutif, au Premier ministre qui a « *le soin d'assurer l'exécution des lois et (...) d'exercer le pouvoir réglementaire* » (2009-580 DC du 10 juin 2009, cons. 33, et 2003-485 DC du 04 décembre 2003, cons. 31-35).

Dans le cas présent, il eut donc fallu, à tout le moins, que le législateur renvoya à un décret pris en Conseil d'Etat le soin de fixer les modalités d'application des

dispositions contestés, et non les laisser à la discrétion du ministre de l'intérieur ou des préfets de départements.

Le défaut de clarté dans les termes de la loi qui ne permettent pas de déterminer avec suffisamment de précision les personnes potentiellement concernées, lié à cette absence de cadre strict ou au moins réglementaire pour l'exercice de ces prérogatives de police administrative, font peser sur la liberté individuelle d'aller et venir un risque réel et sérieux.

C'est la raison pour laquelle vous ne manquerez pas de constater que le législateur a commis une erreur manifeste d'appréciation dans la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties, qu'il se devait d'assurer (2005-532 DC du 19 janvier 2006, cons. 9), au point de porter une atteinte excessive à la liberté individuelle (93-323 DC du 05 août 1993, cons. 16).

- SUR L'ARTICLE 90

Cette disposition vise à autoriser le préfet à procéder à l'évacuation forcée d'installations illicites « *en réunion sur un terrain appartenant à une personne publique ou privée en vue d'y établir des habitations comporte de graves risques pour la salubrité, la sécurité ou la tranquillité publiques* », après une mise en demeure restée infructueuse pendant quarante-huit heures.

Elle prévoit également la possibilité pour le préfet de saisir « *le président du tribunal de grande instance d'une demande d'autorisation de procéder à la destruction des constructions illicites édifiées pour permettre l'installation en réunion sur le terrain faisant l'objet de la mesure d'évacuation* ».

D'après ses promoteurs, ce dispositif se contera d'adapter « *la procédure applicable à l'évacuation des résidences mobiles de gens du voyage stationnés illégalement* » prévue par loi n° 2000-614 du 5 juillet 2000 à des habitations non mobiles (rapport de la Commission des Lois de l'Assemblée nationale n° 2827, octobre 2010, p. 156). Le calque n'est pourtant qu'apparent.

Votre haute juridiction a eu l'occasion au travers d'une question prioritaire de constitutionnalité de valider l'article 9 de la loi de 2000 modifiée (2010-13 QPC du 09 juillet 2010, cons. 9). Vous avez ainsi pu considérer que la liberté d'aller et venir n'était pas méconnue en raison d'un certains nombres de garanties contenues dans cet article, et notamment que :

- l'évacuation ne peut être mise en œuvre qu'en cas de stationnement irrégulier de nature à porter une atteinte à la salubrité, à la sécurité ou à la tranquillité publiques ;

- elle ne peut être diligentée que sur demande du maire, du propriétaire ou du titulaire du droit d'usage du terrain ;
- elle ne peut survenir qu'après mise en demeure des occupants de quitter les lieux ;
- les intéressés bénéficient d'un délai qui ne peut être inférieur à vingt-quatre heures à compter de la notification de la mise en demeure pour évacuer spontanément les lieux occupés illégalement ;
- cette procédure ne trouve à s'appliquer aux personnes propriétaires du terrain sur lequel elles stationnent ;
- elle peut être contestée par un recours suspensif devant le tribunal administratif.

Or, parce que ces garanties ne se retrouvent pas intégralement dans la loi qui vous est ici déferée, les requérants considèrent que sont méconnus les exigences constitutionnelles liées à la dignité humaine (1), à la garantie des droits (2), à la liberté d'aller et venir, au respect de la vie privée, à l'inviolabilité du domicile (3), et à la présomption d'innocence (4).

1. Quant à la dignité humaine

La sauvegarde de la dignité humaine implique que chacun puisse bénéficier d'un logement, et qui plus est, d'un logement décent. La légitime lutte contre la reconstitution de bidonvilles sur le territoire ne saurait soustraire les pouvoirs publics en général, et le législateur en particulier, à cet objectif qui découle directement du Préambule de la Constitution de 1946.

En effet avez-vous affirmé avec force qu'il ressortait des principes inscrits dans le Préambule de 1946, et notamment de celui de « *la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme de dégradation* », que « *la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent [était] un objectif de valeur constitutionnelle* » (98-403 DC du 29 juillet 1998, cons. 1-4. Cf. aussi 2009-578 DC du 18 mars 2009, cons. 12).

Or le dispositif ici contesté, en permettant de faciliter l'expulsion de personnes vivant dans des conditions déjà peu conformes à la dignité humaine, sans qu'aucune contrepartie en matière de relogement ne soit prévue, heurte de front l'objectif d'assurer à chacun la disposition d'un logement décent. Il ajoutera de la précarité à la précarité.

Car en effet, il ne faut pas perdre de vue que le recours à l'habitat de fortune est directement lié à une augmentation des situations d'exclusion par le logement, la mise en œuvre de la loi DALO n°2007-290 du 5 mars 2007 n'ayant pu résoudre ce problème au regard de l'ampleur de la crise du logement. Le 4^{ème} rapport annuel de 2010 du Comité de suivi de la mise en œuvre du droit logement opposable est à cet égard alarmant, et se concluait d'ailleurs en ces termes : « ***L'Etat ne peut pas rester hors la loi*** ».

Le risque que comporte pourtant la possibilité offerte aux préfets de recourir à des procédés accélérés d'expulsions, dérogeatoires du droit commun, pour la dignité

humaine appelle ainsi à lui seul votre censure, et ce d'autant que la garantie des droits de personnes concernées n'est pas, par ailleurs, suffisamment assurée.

2. Quant à la garantie des droits

Les requérants rappellent que, conformément à l'article 16 de la Déclaration de 1789 « *toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminés, n'a pas point de constitution* ». De cette exigence vous en avez déduit qu'elle prohibait toute « *atteinte substantielle au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction* » (99-416 DC du 23 juillet 1999, cons. 38 et 2005-532 DC du 19 janvier 2006, cons. 11). Comme a pu le relever le Professeur Nicolas MOLFESSIS, le droit au recours juridictionnel constitue en quelque sorte « *le droit des droits* »¹³. Or c'est bien cette garantie qui fait ici défaut.

Ce qui justifiait l'éviction du recours au juge dans la loi de 2000 modifiée, étaient les facilités que ses dispositions étaient censées garantir en échange aux gens du voyage en termes d'aires d'accueil. Dans l'hypothèse où ces derniers s'installaient hors de ces aires quand elles existaient, il ne paraissait pas disproportionné de procéder à leur évacuation sans passer par un juge. Mais en l'espèce, il n'est point de dispositif équivalent.

Les requérants considèrent que le droit de saisir le juge administratif dans un délai de 48 heures n'est pas suffisant pour satisfaire à cette exigence constitutionnelle.

En effet, si ce recours est formellement disponible, la réalité est qu'il sera pratiquement inefficace, eu égard à la situation des personnes visées caractérisée par une extrême précarité et un extrême dénuement. Or, sans craindre de recourir à une tautologie, il ne saurait y avoir de recours effectif qui ne l'est effectivement. Comme a pu en juger la Cour européenne des droits de l'homme, « *le recours exigé (...) doit être « effectif » en pratique comme en droit* » (*Gebremedhin [Gaberamadhin] c. France*, 26 avril 2007, n° 25389/05, § 53).

Vous-même d'ailleurs ne considérez pas que l'existence d'une possibilité de recours soit toujours suffisante pour garantir le respect effectif de l'article 66 de la Constitution. Ainsi avez-vous jugé, à propos du maintien en hospitalisation sans consentement, que « *les recours juridictionnels dont disposent ces personnes pour faire annuler la mesure d'hospitalisation ou y mettre fin ne suffisent à satisfaire à ces exigences* » (2010-71 QPC du 26 novembre 2010, cons. 25).

Or en l'espèce, en ne prévoyant pas d'intervention préalable du juge judiciaire, le législateur a, sinon *de jure* du moins *de facto*, porté une atteinte majeure au droit des personnes intéressées à un recours effectif, contraire à la garantie des droits proclamée à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

¹³ *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, L.G.D.J., Paris, 1997, p. 238.

3. Quant à la liberté d'aller et venir, au respect de la vie privée et l'inviolabilité du domicile

Lorsque vous avez validé le nouvel article 322-4-1 du code pénal qui sanctionne notamment le « *fait de s'installer en réunion, en vue d'y établir une habitation, même temporaire, sur un terrain appartenant (...) à tout autre propriétaire autre qu'une commune, sans être en mesure de justifier de son autorisation ou de celle du titulaire du droit d'usage du terrain* », vous avez rappelé qu'il appartenait au législateur, en prévoyant la répression de telles atteintes, d'assurer la conciliation entre les exigences constitutionnelles de « *prévention d'atteintes au droit de propriété et à l'ordre public* » et « *l'exercice des libertés constitutionnellement garanties, au nombre desquelles figurent la liberté d'aller et venir, le respect de la vie privée et l'inviolabilité du domicile* » (2003-467 DC du 13 mars 2003, cons. 70).

Or à la différence de la loi de 2000 modifiée, la mise en demeure et l'évacuation forcée pourra être ici diligentée à la seule initiative du préfet de département, sans que ne lui en ai été préalablement fait la demande par le propriétaire ou le titulaire du droit d'usage du terrain. En d'autres termes, la prévention des atteintes à la propriété privée n'est plus aux nombres des objectifs constitutionnels poursuivis.

Aussi, dès lors que l'éviction du recours au juge judiciaire préalable à l'évacuation n'est plus justifiée par la poursuite de cet objectif, il apparaît que la conciliation qu'a opérée le législateur entre la préservation de l'ordre public et les exigences constitutionnelles susmentionnées se trouve manifestement déséquilibrée, aux dépens des secondes.

De surcroit, à partir du moment où l'évacuation forcée peut être ordonnée sans que le propriétaire des lieux n'en ai fait la demande, c'est à son droit de propriété qu'il est porté atteinte. Il eut importé à cet égard de rendre effectif le droit d'opposition que le lui reconnaît la loi dans le délai de 48 heures. **Pourtant, rien n'est prévu dans l'hypothèse où la notification de la mise en demeure n'aura pu être assurée, et donc le droit d'opposition exercé.**

Or, s'il était loisible au législateur « *de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions* », il ne pouvait le faire qu'à conditions de ne pas priver de « *garanties légales des exigences constitutionnelles* », sinon à encourir votre censure (2010-71 QPC du 26 novembre 2010, cons. 15). Pourtant, en supprimant l'intervention du juge judiciaire, et en ne garantissant pas suffisamment le droit d'opposition du propriétaire des lieux, c'est bien ce qu'il a fait.

4. Quant à l'atteinte à la présomption d'innocence

La condition du déclenchement du dispositif contesté réside notamment dans le caractère « *illicite* » de l'installation en cause.

Différentes circonstances font que l'occupation d'une propriété peut tomber sous le coup de la loi pénale, et donc être illicite.

Toutefois, la circonstance visée par l'article ici en cause, l'installation en réunion sur un terrain appartenant à une personne publique ou privée en vue d'y établir des habitations, est, elle, très proche dans sa rédaction de l'article 322-4-1 du code pénal déjà cité et qui sanctionne notamment le « *fait de s'installer en réunion, en vue d'y établir une habitation, même temporaire, sur un terrain appartenant (...) à tout autre propriétaire autre qu'une commune, sans être en mesure de justifier de son autorisation ou de celle du titulaire du droit d'usage du terrain* ». Pareille installation constitue un délit « *puni de six mois d'emprisonnement et de 3 750 Euros d'amende* ».

Or la proximité entre la rédaction de ces deux dispositions constitue une violation manifeste de l'article 9 de la Déclaration de 1789, en vertu duquel tout homme est présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, et dont il « *résulte qu'en principe le législateur ne saurait instituer de présomption de culpabilité en matière répressive* » (2009-580 DC du 10 juin 2009, cons. 17).

Pourtant ici, si des poursuites étaient engagées sur le fondement de l'article 322-4-1 du code pénal, à la suite d'une évacuation forcée fondée sur l'article 90 ici déféré, il est manifeste que l'appréciation de la licéité à laquelle aura dû procéder le préfet fera peser sur les personnes éventuellement poursuivies une véritable présomption de culpabilité ; les éléments constitutifs qui auront présidé à la décision d'évacuation forcée étant, en fait, les mêmes que ceux qui présideraient à une éventuelle poursuite et condamnation pénale.

Pour cette raison aussi, cette disposition appelle votre censure.

- SUR L'ARTICLE 92

Cette disposition vise à conférer à l'ensemble des agents de police judiciaire (APJ) adjoints visés à l'article 21 du code de procédure pénale la faculté de procéder à des contrôles d'identité en application de l'article 78-2 du même code.

Cela concerne donc les agents de police municipaux, qui est le principal objectif poursuivi par la loi, mais aussi les volontaires servant en qualité de militaire dans la gendarmerie, les adjoints de sécurité, les agents de surveillance de Paris, et les gardes champêtres.

En chiffres – qui ne sont hélas pas assez précis faute d'étude d'impact sur ce point – cela signifie qu'aux *grosso modo* 200 000 officiers de police judiciaire (OPJ) et APJ actuels de la police et de la gendarmerie nationales, viendront s'ajouter environ 50 000 APJ adjoints à même d'effectuer des contrôles d'identité.

Les requérants considèrent que cette envolée du nombre de personnes habilités à procéder à ces contrôles emportera des atteintes excessives à la liberté individuelle. Vous-même avez tenu compte du fait qu'entre 1993 et 2009 le nombre de fonctionnaires civils et militaires ayant la qualité d'officier de police judiciaire était passé de 25 000 à 53 000 pour ensuite constater que ces évolutions avaient « *contribué à banaliser le recours à la garde à vue* » (2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, cons. 17-18). **Or, à n'en pas douter, la capacité offerte d'un seul coup à 50 000 nouvelles personnes de procéder à des contrôles d'identité contribuera elle aussi à la banalisation du recours à ces contrôles.**

Il est fondamental à cet égard de rappeler que votre haute juridiction a toujours porté une attention particulière à ce que les contrôles d'identité ne soient pas exercés arbitrairement, et hors le contrôle de l'autorité judiciaire.

Ainsi avez-vous jugé que si « *la prévention d'atteintes à l'ordre public, notamment d'atteintes à la sécurité des personnes ou des biens, est nécessaire à la sauvegarde de principes et de droits ayant valeur constitutionnelle* », en revanche, « *la pratique de contrôles d'identité généralisés et discrétionnaires serait incompatible avec le respect de la liberté individuelle* » (93-323 DC du 05 août 1993, cons. 9). Or, comme l'a relevé la Commission nationale de déontologie de la sécurité par un doux euphémisme, « *il n'est pas manifeste que tous les policiers aient toujours été pénétrés de ce principe* »¹⁴.

Par ailleurs, pour éviter les contrôles arbitraires au faciès, vous aviez jugé que la mise en œuvre des vérifications ainsi confiées par la loi à des autorités de police judiciaire devait « *s'opérer en se fondant exclusivement sur des critères objectifs et en excluant, dans le strict respect des principes et règles de valeur constitutionnelle, toute discrimination de quelque nature qu'elle soit entre les personnes* » (93-325 DC du 13 août 1993, cons. 16). Et pourtant, toujours dans son rapport de 2008, la CNDS rappelait qu'il convenait « *en particulier d'éviter les contrôles d'identité sans motif et au faciès* »¹⁵.

Eu égard à l'importance du nombre des personnes qui seraient dorénavant habilitées à procéder à ces contrôles, les risques qu'ils deviennent généralisés et discrétionnaires, particulièrement quand ils sont opérés par des personnes qui n'ont pas reçu la formation de la police ou de la gendarmerie nationale, est ainsi manifestement élevé.

Les requérants ne partagent pas l'opinion du Rapporteur de la Commission des Lois du Sénat selon laquelle le fait que les APJ adjoints doivent agir sous la responsabilité d'un OPJ serait de nature à « *sécuriser ces contrôles* » (rapport n° 517 (2009-2010), p. 156). Au contraire même, notamment parce que les maires ont de droit la qualité d'officier de police judiciaire.

¹⁴ Rapport d'activité de la Commission de 2008, dans lequel elle consacre une étude sur la « *Déontologie des force de sécurité en présence des mineurs* » (p. 54).

¹⁵ *Idem.*

Or ici, le législateur n'a pas pris les mêmes précautions que pour la participation des APJ adjoints aux dépistages d'alcoolémie, et n'a ainsi pas exclu que les maires puissent diligenter des contrôles d'identité sur le territoire de leur commune. On ose imaginer les abus auxquels cela pourrait donner lieu.

Aussi, parce que l'extension à l'ensemble des APJ adjoints de la possibilité de procéder à des contrôles d'identité n'offre pas de garanties suffisantes contre des atteintes arbitraires à la liberté individuelle, les requérants vous demandent la censure de cette disposition.

- SUR L'ARTICLE 101

Cette disposition vise à autoriser à ce que l'audience de prolongation d'une mesure de rétention administrative au-delà de 48 heures ait lieu « *au sein* » du centre de rétention.

Cette justice « sur place » ou « dans les murs » ne satisfait ni les règles du procès équitable (1), ni les exigences de publicité des débats (2).

1. Quant au procès équitable

Comme vous avez eu l'occasion d'en juger, « *le principe du respect des droits de la défense constitue un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République réaffirmés par le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, auquel se réfère le Préambule de la Constitution de 1958* », et implique « *notamment en matière pénale, l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties* ». Vous ajoutiez « *qu'en matière de délits et de crimes, la séparation des autorités chargées de l'action publique et des autorités de jugement concourt à la sauvegarde* » (95-360 DC du 2 février 1995, cons. 5).

Or, si la séparation des autorités de poursuite et de jugement concourt à la réalisation du procès équitable, il en va *a fortiori* de la séparation des autorités de police et de jugement, mais encore de la séparation entre les lieux de rétention et les lieux de jugement.

Vous avez validé la disposition de la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 qui avait institué la possibilité que cette audience de prolongation ait lieu dans une salle d'audience spécialement aménagée à proximité immédiate du lieu de rétention. Si vous l'aviez fait, c'est uniquement parce que le législateur avait « *expressément prévu que ladite salle devra être « spécialement aménagée » pour assurer la clarté, la sécurité et la sincérité des débats* » (2003-484 DC du 20 novembre 2003, cons. 81). Mais il s'agissait alors d'une salle aménagée à « *proximité* » du centre de rétention.

Or, ainsi qu'en a jugé la Cour de cassation, proximité n'est pas promiscuité, et selon ses termes, « *la proximité immédiate exigée par L. 552-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile est exclusive de l'aménagement spécial d'une*

salle d'audience dans l'enceinte d'un centre de rétention » (première chambre civile, arrêt n° 561 du 16 avril 2008).

Cette exclusivité est fondamentale. Imposer au contraire au tribunal de se rendre dans un lieu relevant exclusivement de la police mettrait gravement en doute l'indépendance et l'impartialité de la justice qui sont au cœur du procès équitable. Quels que soient les aménagements spéciaux qui seront apportés, il n'en demeurera pas moins que la justice sera rendue dans les locaux de la police, ce qui sera de nature à créer une légitime suspicion chez les personnes concernées. Or en ce domaine les apparences sont essentielles.

Vous pourrez à cet égard utilement vous référer à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme selon laquelle, s'agissant de l'impartialité, « *il faut d'abord que le tribunal ne manifeste subjectivement aucun parti pris ni préjugé personnel. Ensuite, le tribunal doit être objectivement impartial, c'est-à-dire offrir des garanties suffisantes pour exclure tout doute légitime à cet égard. Dans le cadre de la démarche objective, il s'agit de se demander si, indépendamment de la conduite personnelle des juges, certains faits vérifiables autorisent à suspecter l'impartialité de ces derniers. En la matière, même les apparences peuvent revêtir de l'importance. Il y va de la confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer aux justiciables, à commencer par les parties à la procédure* ». En la matière, « *l'optique d'une partie entre en ligne de compte mais ne joue pas un rôle décisif. L'élément déterminant consiste à savoir si les appréhensions en cause peuvent passer pour objectivement justifiées* » (*Kleyn et autres c. Pays-Bas*, 6 mai 2003, n^{os} 39343/98, 39651/98, 43147/98 et 46664/99, §§ 191 et 194).

Or vous ne pourrez que constater que le fait d'être jugé dans un local policier constitue, non seulement aux yeux de la personne en cause, mais aux yeux de tous, un élément objectif de nature à faire naître une légitime appréhension quant à l'impartialité du tribunal.

Ainsi, la disposition contestée n'apporte-elle pas, quant au respect d'un procès juste et équitable, des garanties équivalentes à celles dont la personne aurait bénéficié si l'affaire avait été portée devant un tribunal hors les locaux du centre de rétention administrative (*cf. mutatis mutandis* 2002-461 DC du 29 août 2002, cons. 81).

2. Quant à la publicité des débats

La justice applicable aux étrangers ne saurait être étrangère à la justice. Comme vous l'avez rappelé avec force, « *si le législateur peut prendre à l'égard des étrangers des dispositions spécifiques, il lui appartient de respecter les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République* ».

Or parmi ces droits fondamentaux figurent le droit à ce que sa cause soit entendue publiquement. Comme l'a indiqué la Cour européenne des droits de l'homme, la « *publicité de la procédure des organes judiciaires (...) protège les justiciables contre*

une justice secrète échappant au contrôle du public », et « constitue aussi l'un des moyens de préserver la confiance dans les cours et tribunaux. Par la transparence qu'elle donne à l'administration de la justice, elle aide à réaliser (...) le procès équitable » (Axen c. Allemagne, 8 décembre 1983, n° 8273/78, § 25).

Cette publicité, vous en êtes également les gardiens. Ainsi avez-vous considéré qu'il résultait « *de la combinaison des articles 6, 8, 9 et 16 de la Déclaration de 1789 que le jugement d'une affaire pénale pouvant conduire à une privation de liberté doit, sauf circonstances particulières nécessitant le huis clos, faire l'objet d'une audience publique* » (2004-492 DC du 02 mars 2004, cons. 117).

Alors certes, comme vous l'aviez déjà constaté à propos de la loi de 2003, le législateur a pris soin de prévoir expressément que le juge des libertés et de la détention statuera « *publiquement* » (2003-484 DC du 20 novembre 2003, cons. 81).

Mais comme l'a relevé à juste titre le Rapporteur de la Commission des Lois du Sénat, « *la publicité des audiences, bien qu'expressément rappelée par la rédaction de l'article, serait affectée dans ses modalités d'application concrète* » (rapport n° 517 (2009-2010), p. 173).

En réalité, il s'agit là d'un doux euphémisme. *In concreto*, cette publicité sera de nature purement virtuelle, s'agissant de l'accès à des lieux privatifs de liberté qui, par définition, sont nécessairement difficiles d'accès. Cette garantie purement formelle ne permet donc en rien de donner à la publicité des débats la même garantie qu'offrirait une audience dans un lieu relevant du seul ministère de la justice.

Enfin, aucun « *souci de bonne administration de la justice* » ne saurait justifier cette situation, et, ce, d'autant moins, qu'il est fort à parier que les nombreux présidents de tribunaux qui ont déjà refusé de siéger dans les salles d'audience aménagées à proximité des centres de rétention, refuseront *a fortiori* de siéger dans des salles installées en leur sein.

*

* *

Pour tous ces motifs, les requérants vous invitent à prononcer la censure de l'ensemble de ces dispositions, ainsi que de toutes celles que vous relèveriez d'office.