



Les Fiches de la Corpo



SMEREP
Sécu étudiante & Mutuelle





Les Fiches de la Corpo



Les Fiches de la Corpo

Droit des libertés fondamentales
Année 2018-2019



Les Fiches de la Corpo



Chers étudiants, ça y est, l'année touche à sa fin. Mais pour bien profiter de l'été et éviter les rattrapages, la case des partiels semble inévitable !

Depuis maintenant **84 ans** la **Corpo Assas** accompagne l'étudiant dans tous les domaines de la vie universitaire, et vous propose notamment des **Fiches de cours**. Ces condensés de cours guideront, encadreront et rythmeront vos révisions des partiels. Ils ne sauraient évidemment se substituer aux exigences universitaires de recherche personnelle.

Effectivement, ces fiches sont là pour vous orienter, elles sont faites par des étudiants et ne remplacent pas une présence assidue en cours et en TD ainsi que l'apprentissage régulier et approfondi des différentes matières.

Si jamais il vous venait des questions, n'hésitez pas à nous envoyer un message sur la page de la Corpo Assas ou à Hila Benhamou et Valerie Titzin !

> Comment valider votre année ?

Pour les L1 :

Il faut tout d'abord rappeler que toutes vos notes se compensent. Pour valider de la manière la plus simple votre année, il vous faut valider vos blocs de matières fondamentales mais aussi vos blocs de matières complémentaires. Cependant, le calcul peut s'avérer plus complexe...

Chaque fin de semestre est marquée par des examens qui constituent l'épine dorsale de la validation de votre année. Bon nombre d'autres possibilités vous sont proposées pour engranger un maximum de points et limiter ainsi l'impact de vos partiels. Chacun de vos chargés de TD va vous attribuer une note sur 20 à l'issue du semestre. Vos TD de matières fondamentales comptent donc autant que l'examen écrit, lui aussi noté sur 20. Cet examen s'effectue en 3h et nécessite un exercice de rédaction. Sur un semestre, une matière fondamentale peut donc vous rapporter jusqu'à 40 points. Seuls 20 points sont nécessaires à la validation de la matière. Pour valider votre bloc de fondamentales, il vous faut donc obtenir 40 points en additionnant vos notes de TD et vos notes aux partiels. Si toutefois vous n'obtenez pas ces 40 points, vous repasserez en septembre, lors de la session de rattrapage, la ou les matières que vous n'auriez pas validée(s).

Attention : le passage par septembre annule votre note de TD obtenue dans la matière.

Pour les L2 :

Le principe est similaire, à la différence qu'il y a plus de matières fondamentales et plus de matières complémentaires.

Conclusion simple : travailler toutes les matières un minimum en mettant l'accent sur les TD et les matières fondamentales (les plus gros coefficients) vous permettra de maximiser vos chances de valider votre année du premier coup et ainsi éviter l'écueil des rattrapages de septembre.

> Système de compensation et session de septembre

Si, au sein même des unités d'enseignement, les matières se compensent, les blocs peuvent aussi se compenser entre eux à la fin de l'année. Ainsi, si vous obtenez une moyenne générale sur l'année de



Les Fiches de la Corpo



10/20, votre passage est assuré.

En cas d'échec lors des sessions de janvier et de juin, une seconde chance vous est offerte en septembre.

Attention, contrairement aux idées reçues, les rattrapages ne sont pas plus faciles, ils sont connus pour être notés plus sévèrement. Toutes les matières des blocs non validés où vous n'avez pas eu la moyenne sont à repasser. S'il s'agit d'une matière à TD, la note de TD est annulée (même si vous avez été défaillant), de sorte que la note obtenue en septembre compte double (8/20 revient à 16/40). Les points d'avance acquis lors de l'année (points au-dessus de la moyenne lors de la validation d'un bloc) sont valables après les rattrapages et permettent donc la compensation finale comme décrite précédemment.

A noter que le jury peut vous accorder quelques points pour l'obtention de votre année, notamment dans le cas d'un étudiant sérieux en TD... A bon entendeur !

Pour les L1, le passage en deuxième année peut aussi se faire en conditionnel, pour cela il vous faut valider les deux unités d'enseignement fondamental et une unité d'enseignement complémentaire tout en sachant que l'autre unité complémentaire sera à repasser en L2.

AVERTISSEMENT

Il est important de rappeler que les Professeurs et Maitres de conférence ne sauraient être tenus responsables d'une erreur ou d'une omission au sein des fiches de cours proposées, puisque ces dernières sont comme dit précédemment, réalisées, relues et mises en page par des étudiants appartenant à la Corpo Paris II.

Le Professeur dont le cours est l'objet n'en est pas l'auteur donc même s'il autorise sa diffusion, il ne cautionne en aucun cas son contenu. En conséquence de quoi, la Corpo Paris II ne certifie en aucun cas la concordance des fiches avec le cours d'amphithéâtre.

Seul le cours dispensé à l'oral en amphithéâtre est utilisé comme référence pour les examens, sauf précision donnée expressément par le Professeur. Il donc est impératif de ne manquer aucun cours magistral afin d'obtenir les meilleures notes possibles aux examens. Les fiches présentées ici ne sont qu'une aide et ne correspondent en aucun cas au cours complet.

REMERCIEMENTS

La Corpo Paris II souhaiterait remercier sincèrement l'intégralité des professeurs ayant permis et autorisé la diffusion de ces fiches de cours et d'avoir ainsi offert aux étudiants une aide précieuse à la réussite de leur examens.



Les Fiches de la Corpo



DROIT DES LIBERTÉS FONDAMENTALES

Introduction	5
Le régime juridique des libertés	5
• La soumission de l'Etat au respect des libertés	5
Soumission du législateur au respect des libertés	5
L'omnipotence du législateur	5
La soumission du législateur au respect de la Constitution et du traité	6
Les droits et libertés qui s'imposent au législateur	7
Les droits et libertés garantis par la Constitution	7
Droits et libertés garantis par les traités internationaux : le droit européen	7
La CEDH	7
Le droit de l'Union Européenne	10
• L'encadrement des libertés	11
L'autorité compétente pour encadrer les libertés	11
La compétence principale du législateur	11
La compétence résiduelle de l'administration	12
Les motifs d'encadrement des libertés	12
Le législateur et l'ordre public (notamment immatériel)	13
L'administration et l'ordre public (notamment immatériel)	13
Les modalités d'encadrement des libertés	13
Régime répressif ou régime préventif	13
Différence	13
Les régimes déclaratifs	14
Le respect de la proportionnalité de la mesure restrictive de liberté	14
Le contrôle de proportionnalité exercé par le juge administratif	14
Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil Constitutionnel	15
Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour Européenne des droits de l'homme	16
Sécurité et liberté	16
Sécurité et liberté individuelle	16



Les Fiches de la Corpo



- L'évolution de la notion de liberté individuelle 16

La conception extensive de la notion de liberté individuelle 16

Un retour à une conception restrictive de la notion de liberté individuelle 17

- L'intervention du juge judiciaire en cas d'atteinte à la liberté individuelle 18

Présentation 18

Les mesures judiciaires privatives de liberté 19

Les décisions décidées par le juge judiciaire 19

Le cas particulier de la garde à vue 19

Les mesures administratives privatives de liberté 20

L'asile 20

Les placements en zone d'attente 21

La rétention administrative 21

Sécurité et libertés personnelles 23

- Sécurité et liberté d'aller et venir 23

Les contrôles d'identité et les titres de séjour 24

Les contrôles et vérifications 24

Les contrôles 24

Les vérifications 25

Les différents contrôles 25

Les contrôles administratifs 25

Les contrôles judiciaires 26

Les contrôles et vérification des titres de séjour 26

L'interdiction des contrôles au faciès 27

Les interdictions de sorties du territoire et les contrôles des retours du territoire 28

Mesure administrative d'interdiction de sortie du territoire 28

Les contrôles administratifs des retours 29

- Sécurité et respect de la vie privée : les techniques de renseignements 29

Historique 29

Les différentes techniques de renseignement 30

Les garanties non juridictionnelles 30

Le contrôle juridictionnel 30



Les Fiches de la Corpo



Liberté et terrorisme 31

- La lutte contre le terrorisme dans le cadre de l'état d'urgence 31

Présentation de la loi du 3 avril 1955 31

La loi de 1955 tel qu'elle a été modifiée entre le 14 novembre 2015 et le 1er novembre 2017 32

Les assignations à résidence 32

Les conditions de loi de 1955 32

La prolongation de l'État d'urgence 33

Les perquisitions administratives 34

Absence du juge judiciaire 34

Les saisies informatiques 35

Le contrôle juridictionnel des assignations et des perquisitions 36

Le contrôle du juge administratif 37

Le contrôle judiciaire des mesures prises dans le cadre de l'urgence 39

- Lutte contre le terrorisme en dehors de l'Etat d'urgence 40

Loi du 30 octobre 2017 : loi SILT 40

Les mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance 41

Les visites et saisies 43

Le droit pénal anti-terroriste 44

Les liens procéduraux entre l'action pénale et la police administrative 46

La liberté de religion 46

- La laïcité et la neutralité 46

La neutralité de la personne publique 46

Les exceptions territoriales au principe de laïcité 46

Exception : Alsace/Moselle 47

Exception territoriale : Guyane 47

La laïcité et la neutralité des agents publics et des services publics 47

Implications de la neutralité pour les agents et services publics 47

Personnes couvertes par le principe neutralité 48

La laïcité et la neutralité des bâtiments publics 49

La liberté d'expression religieuse des personnes privées 50

Les dérogations dans les services publics 50



Les Fiches de la Corpo



Les personnes privées dans l'espace public (exception)	51
Le principe de liberté d'expression religieuse des personnes privées dans l'entreprise	51
• La liberté religieuse et l'intervention positive de l'État	52
L'intervention positive de l'État au sein des services publics pour les usagers	52
L'intervention positive de l'État en dehors des services publics	52
Le financement par l'État des écoles privées confessionnelles	52
L'État et les édifices du culte	53
La liberté d'expression	53
Le contenu de la liberté d'expression	53
Distinction expression publique et privée	54
Les limites portées à la liberté d'expression	54
Comment limite-t-on ? Par quels procédés ?	54
• Les limites pénales à la liberté d'expression	54
Les messages prohibés pour protéger les droits d'autrui	55
L'injure et la diffamation	55
L'injure et la diffamation discriminatoires	55
Les destinataires de l'injure ou de la diffamation	55
Les messages prohibés pour protéger l'ordre public	56
Les messages interdits pour protéger l'ordre public matériel	56
La protection de l'ordre public immatériel	57
Comparaison entre la position américaine et la position européenne	57
Le droit français	57
• Internet et la liberté d'expression	59
La détermination du responsable sur internet	60
La responsabilité de l'éditeur et du producteur	60
Responsabilité des prestataires techniques	60
L'efficacité de la sanction sur internet	61



Les Fiches de la Corpo



SMEREP
Sécu étudiante & Mutuelle

Introduction

Différence entre droit et liberté :

- **Liberté** : capacité de l'homme à l'autodétermination, le fait que l'Homme ne soit pas restreint par autrui. C'est une capacité de choix, d'actions décidés par l'homme sans être gêné par l'État.
- « **Les droits** » : prérogatives, ce qu'un humain peut se prévaloir à l'égard de l'État. Une liberté correspond à un droit.

Différence entre liberté fondamentale et liberté publique :

- **Liberté publique** : **libertés organisées par les puissances publiques** (ne s'oppose pas aux libertés individuelles). Initialement, on parlait de libertés qui étaient organisées par la loi. Pendant longtemps seul le législateur avait le monopole pour organiser les libertés c'est à dire consacrer et limiter des libertés.
- **Le droit de liberté** => jusqu'où l'État peut aller pour limiter ces libertés, jusqu'où on est libre et jusqu'où l'État peut intervenir.

Jusqu'au contrôle de constitutionnalité des lois par la **décision du Conseil Constitutionnel « Liberté d'association » du 16 juillet 1971**, et de conventionnalité des lois par les **arrêts Jacques Vabres de la Cour de cassation du 24 mai 1975 et Nicolo du Conseil d'État du 20 octobre 1989**, le législateur avait le dernier mot. **À partir de ces dates, les libertés ne sont plus seulement légales (sous la coupe de la loi) mais sont constitutionnelles et conventionnelles dans les Traités.** C'est à ce changement de source que correspond ce nouvel intitulé « fondamental », pour indiquer un rehaussement dans le statut des libertés.

Désormais on ne parle plus de libertés publiques mais de libertés fondamentales pour indiquer l'évolution majeure du contrôle de constitutionnalité et de conventionnalité empêchant le législateur de porter atteinte à ces libertés.

Différence entre liberté fondamentale et droits de l'homme : (synonymes)

- Les **droits de l'homme** correspondent aux penseurs du XVII^{ème} et du XVIII^{ème} siècle, aux philosophes des lumières et à la **théorie des droits naturels** (droits dont chaque homme est titulaire à sa naissance, totalement autonomes du pouvoir séculaire en place et donc du roi). Ces droits naturels entrent dans le patrimoine juridique des individus, ce sont des droits qu'ils peuvent revendiquer au-delà de l'État/du pouvoir en place (même chose pour la Déclaration des droits de l'homme).
- De grands principes s'imposent donc à l'État permettant aux particuliers de revendiquer leurs libertés.

Le régime juridique des libertés

• La soumission de l'État au respect des libertés

C'est la **soumission de l'État au droit**, c'est l'histoire de la construction de l'État de droit. Sous l'ancien régime, le roi était l'ennemi public en matière de libertés.

Comment freiner l'État et imposer au législateur de respecter les libertés ? Élaboration de la **théorie de la séparation des pouvoirs** : État constitué de trois pouvoirs (législatif, judiciaire, exécutif) qui sont séparés et chacun de ses pouvoirs vient limiter l'autre —> réponse à l'absolutisme sous l'ancien régime et remède à la protection des libertés.

Cela **aboutit au légicentrisme** (pouvoir législatif exaspérant) : tous les pouvoirs venaient du législateur (début III^{ème} République). Donc s'il devient liberticide, il n'y a aucun remède => question mobilisant tout le XX^{ème} siècle, jusqu'à la **QPC de 2008 (mise en vigueur en 2010)** : dernière réponse en date pour assujettir la loi au respect des libertés.

Soumission du législateur au respect des libertés

L'omnipotence du législateur



Les Fiches de la Corpo



SMEREP
Sécu étudiante & Mutuelle

L'omnipotence de la souveraineté dure jusqu'au contrôle de constitutionnalité (1971). Jusqu'à cette date, juridiquement, **le législateur pouvait tout faire**. La loi dominait et l'administration devait appliquer la loi. Il n'existait aucune façon de contester cette loi. Exemple : loi prévoyant que les femmes ne peuvent pas rentrer à l'université.

Dès la III^{ème} République (début XX^{ème} siècle), il y a eu un débat en France qui tendait à instaurer le contrôle de constitutionnalité des lois. Jusqu'en 1953, le Conseil d'État est le seul juge du droit commun donc c'est le juge administratif qui va exercer ce contrôle constitutionnalité des lois. Cependant quand on a saisi le juge pour ce contrôle, il a refusé : **arrêt du Conseil d'État de 1936, « Arrighi »** :

- (1) **Pour contrôler la constitutionnalité des lois au regard de principes supérieurs, il faut un texte qui récence ces droits et libertés.** Or, jusqu'aux années 50, rien n'indiquait que la déclaration des droits de l'homme avait une valeur juridique. Les trois lois constitutionnelles de 1875 régissent les relations entre la Chambre des députés et le Sénat mais ces textes ne disent rien sur les droits et libertés et ne mentionnent pas la DDHC.
- (2) **Le juge ordinaire ne se sent pas comme le censeur de la loi, il n'estime pas avoir la légitimité politique suffisante pour déclarer que telle loi méconnaît tel droit ou liberté.** En effet, le métier du juge est d'assurer le respect de la loi.

Mais alors que faire ?

Les **traités ne créent pas des droits que pourraient revendiquer les individus**. Il n'y a pas de textes contraignants imposant le respect des droits et libertés, ni de textes que pourraient invoquer les particuliers devant l'État.

Même si un tel texte avait existé, **jusqu'à la seconde guerre mondiale, la force juridique des traités en droit interne n'est pas évidente**. C'est à partir de la Constitution de 1946 et plus-tard en 1958 que la puissance normative des traités est consacrée.

Le juge y remédie tardivement avec la création de principes généraux du droit : il va extraire tous les principes de la DDHC (n'ayant pas encore de valeur juridique) pour les énoncer sous forme de PGD, permettant ainsi de rendre effectif les principes énoncés par la DDHC => **arrêt du Conseil d'État du 26 octobre 1945, « Aramu » et arrêt du Conseil d'État du 5 mai 1944, « Trompier-Gravier »**.

Progressivement, le Conseil d'État s'est libéré. **Le grand tournant a été l'affirmation explicite de la valeur juridique de la déclaration des droits de l'homme dans l'arrêt du Conseil d'État du « 7 juin 1957, Condamine »** dans lequel le Conseil d'État vérifie si un décret respecte ou non les **articles 8, 9 et 10 de la DDHC**. Par la suite des PGD continuent à être créés —> exemple : **arrêt du Conseil d'État du 24 mars 2006, « KPMG »** : principe de sécurité juridique. Le Conseil d'État peut aussi donner pleine valeur juridique à la déclaration des droits de l'homme.

La période antérieure est celle qu'on appelle parfois l'État légal dans lequel l'État est soumis au respect de la loi mais rien ne surplombe la loi (contrairement à l'État de droit).

La soumission du législateur au respect de la Constitution et du traité

Il fallait assujettir le législateur au respect des droits et libertés :

- Contrôle de constitutionnalité de la loi : **le Conseil Constitutionnel soumet la loi au respect du bloc de constitutionnalité**. Avant seules les dispositions de mécaniques constitutionnelles étaient susceptibles de s'imposer au législateur.
- Complété par un **contrôle a priori** établi par la **réforme constitutionnelle du 29 octobre 1974** permettant à 60 députés et 60 sénateurs de saisir le Conseil Constitutionnel : façon de donner aux parlementaires le pouvoir de faire respecter au Parlement lui-même des droits et libertés (arme de l'opposition). Avant 1974, seuls le Président de la République, le Premier Ministre, le Président de l'Assemblée Nationale et le Président du Sénat pouvaient le saisir.
- Contrôle de conventionnalité de la loi : La **loi s'efface devant un traité contraire**. Après la seconde guerre mondiale apparaissent des traités énonçant des droits et libertés au profit des individus. Ces traités servent alors pour les opposer à la loi. Ce contrôle permet de compenser l'absence de procédure d'un contrôle de constitutionnalité a priori. Cette supériorité que reconnaissent les juges ordinaire (inscrit à l'**article 55 de la Constitution**) est commandée par la pression du droit de l'UE : les



Les Fiches de la Corpo



normes communautaires doivent prévaloir sur les normes de droit interne (pression politique forte). Sans cette exigence communautaire il n'est pas si certain que la primauté des traités aurait été assurée.

- **La QPC du 23 juillet 2008** vient corriger une anomalie : si les traités priment en droit interne, c'est en raison de la Constitution. La Constitution est cependant moins bien protégée en droit interne que les traités puisqu'une fois adoptée, la loi n'est plus contestable. La **QPC ouvre le contrôle de constitutionnalité a posteriori (ouvert à tous les individus au cours d'un procès)**. La QPC est nécessairement soulevée au cours d'un procès, à chaque degré de l'instance même devant les cours suprêmes (Conseil d'État et Cour de cassation), lorsqu'une loi s'applique alors qu'on la juge contraire à la Constitution. Conditions :
 - (1) Devant les juges du fond, **la loi/disposition constitutionnelle doit être applicable au litige.**
 - (2) **La loi ne doit pas avoir été déjà déclarée conforme à la Constitution SAUF changement de circonstance.**
 - (3) **Vérifier si la question n'est pas dépourvue de caractère sérieux.**

Lorsque la Cour suprême est saisie, elle doit toutes ses conditions. Leur appréciation est plus approfondie. Les cours suprêmes ont ensuite **3 mois** pour transmettre ou non la QPC : si elles transmettent, le Conseil Constitutionnel est saisi et il doit déclarer si la loi est **conforme ou contraire**. Dans ce dernier cas, le Conseil Constitutionnel abroge la disposition législative qui disparaît de l'ordonnancement juridique. Il est prévu que cette disparition ne produise d'effet qu'à compter de l'abrogation.

Ces conditions de recevabilité de la QPC sont énoncées dans la **loi organique du 7 novembre 1958** modifiée à l'occasion de l'introduction dans le droit positif de la QPC **par une loi organique de 2009.**

Les droits et libertés qui s'imposent au législateur

Les droits et libertés garantis par la Constitution

Aujourd'hui, la **Constitution** de 1958 contient 89 articles parmi lesquels figurent des droits et des libertés. Par exemple à **l'article 66** qui retient que le juge judiciaire est le gardien de la liberté individuelle et **l'article premier** qui retient que la France est une République laïque.

Les textes et conventions s'imposent par le biais de la Constitution contenant un **préambule** énonçant que le peuple français proclame solennellement respecter les droits de l'homme tels que définis par la **DDHC** de 1789, complétée par le **Préambule de 1946** et donc par cette simple référence, ils font parties du bloc de constitutionnalité. Depuis la réforme constitutionnelle du 1^{er} mars 2005, ce bloc a été complété par la **Charte de l'environnement**.

Ces différents textes représentent différentes générations de droits et de libertés :

- 1^{ère} génération : Déclaration des droits de l'homme qui consacre les **libertés négatives** c'est à dire des libertés imposant à l'État une abstention visant à empêcher l'intrusion dans la sphère personnelle.
- 2^{ème} génération : le préambule de 1946 énonce des **droits de créances** : on n'impose pas à l'État de ne pas nuire mais on lui demande des prestations, des obligations de faire. Ce préambule reconnaît aussi les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République qui ont valeur constitutionnelle du fait de leur inclusion. (Ces principes doivent être trouvés dans des lois républicaines et antérieures à 1946 puisqu'en 1946, le constituant ne peut pas avoir voulu viser des lois qui n'existaient pas). C'est une catégorie juridique et c'est au juge qu'il appartient de lui donner du contenu.
- 3^e génération : la Charte de l'environnement : énonce des **droits et libertés, devoirs environnementaux**.

Droits et libertés garantis par les traités internationaux : le droit européen

La CEDH

Après la seconde guerre mondiale, les États utilisent le droit international puisqu'il est le seul outil permettant d'imposer aux États de faire respecter les droits et libertés et de protéger les individus de tous les États
→ rédaction de traités internationaux offrant des droits et libertés aux particuliers :



Les Fiches de la Corpo



SMEREP
Sécu étudiante & Mutuelle

- **1948 Déclaration universelle des droits de l'homme** : mais c'est une simple résolution de l'Assemblée Générale des nations unies donc ça n'a pas valeur juridique (**arrêt du Conseil d'État de 1951, « Élection Nolas »**).
- **1966**, l'Assemblée Générale des Nations Unies adopte le **Pacte international relatif aux droits civils et politiques** : ratification par la France en 1981 lui donnant une *force juridique contraignante*. Cependant les justiciables invoquent davantage les traités européens puisque ce sont les plus importants => **Convention.EDH et la Charte de l'Union européenne**.
- La Convention est une création du **Conseil de l'Europe datant de 1949** : seulement 10 États membres à l'époque (pas bloc de l'Est du fait de la guerre froide), mais aujourd'hui ils sont 47 États. C'est une organisation institutionnelle composée du **Conseil des ministres** regroupant les ministres des affaires étrangères des 47 États et une **assemblée générale**, de représentants des parlements nationaux.

Les missions du Conseil de l'Europe sont d'éviter la guerre, et de réaliser une union plus étroite entre les membres afin de sauvegarder la paix. Les organes du Conseil Europe **produisent des conventions à faire ratifier par les États**, destinées à lier les États et accorder des droits et libertés aux individus. Le Conseil de l'Europe a déjà produit 200 conventions : Charte sociale Européenne (1961), Convention contre le dopage (1989), Convention pour la lutte contre la traite des êtres humains (2005), et surtout la **Convention Européenne des droits de l'homme qui est adoptée en 1950, et ratifiée par la France en 1974**.

- Le contenu de la Convention Européenne des droits de l'homme

50 articles mais seulement **une dizaine concernent les libertés**, pour le reste, ce sont des articles institutionnels. À ces dispositions, s'ajoutent les **protocoles additionnels** : textes qui ont une valeur de convention et qui consacrent de nouveaux droits et libertés, ajoutés plus-tard du fait que le besoin de ces droits et libertés né avec le temps. Ces protocoles ne s'imposent pas à tous les États membres de la Convention, seulement s'ils le ratifient. Cette convention met alors à profit un socle commun de droits et libertés et réalise une sorte de droit à la carte avec les protocoles additionnels.

Exemples : premier protocole additionnel adopté en 1952 énonçant le droit au respect des biens, protocole n°6 (1952) interdisant la peine de mort en temps de paix ; protocole n°13 (2002) interdisant la peine de mort en toutes circonstances.

- La requête individuelle devant la CEDH

La Cour européenne dont le siège est à Strasbourg, est composée **de 47 juges** (autant de juges et de nationalités que d'États membres). Chaque État membre propose 3 juges et c'est l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe qui choisit.

Possibilité offerte aux particuliers qui sont sous la juridiction des 47 États membres de saisir cette Cour par une **requête individuelle** du fait de la violation par leur propre État de la Convention.EDH (requête individuelle prévue par le protocole n°11). La Cour a la possibilité de **condamner l'État** mis en cause, de réparer le tort causé => satisfaction équitable, condamnation par la Cour de l'État qui a violé un droit ou une liberté de la convention.

La saisine de la Cour n'est cependant pas réservée aux particuliers, elle est **aussi ouverte aux États**. Dans ce cas, la requête individuelle peut être émise par un État membre qui va se plaindre devant la Cour de la violation d'un autre État d'une disposition de la Convention.EDH. En 2014, la CEDH a condamné la Russie pour traitement inhumain et dégradant après avoir été saisie par la Géorgie (mais rare).

Initialement, les États n'étaient pas tenus de reconnaître cette requête individuelle :

- En **1981**, la France a reconnu que les individus pouvaient saisir la Cour Européenne.
- En **1998**, le recours devient obligatoire devant tous les États membres

Cette extension de la requête individuelle a été rendue possible par un protocole d'amendement => distinct du protocole additionnel puisque c'est un processus de révision du texte original. Il doit être ratifié par tous les États pour entrer en vigueur.

Règle de l'épuisement des voies de recours interne : un particulier ne peut pas saisir immédiatement la Cour Européenne, il doit d'abord chercher à trouver satisfaction devant les juridictions nationales. C'est seulement en cas d'échec qu'il peut saisir la Cour européenne. Si des voies de recours existent mais sont illu-



Les Fiches de la Corpo



SMEREP
Sécu étudiante & Mutuelle

soires, les particuliers/individus sont dispensés de l'épuisement des voies de recours internes. À partir du moment où la décision définitive d'une juridiction nationale tenant en échec la demande est rendue, le particulier a **6 mois** pour saisir la Cour. S'il est dispensé de l'épuisement des voies de recours interne, alors il dispose de 6 mois à compter du jour où a été pris l'acte juridique ou matériel qui méconnaît une disposition de la Convention.EDH.

À ces conditions de recevabilité, s'ajoute une autre « **fausse condition de recevabilité** » prévue à **l'article 35 de la Convention** : « La Cour Européenne peut rejeter pour irrecevabilité les requêtes incompatibles avec les dispositions de la Convention ou de ses protocoles ». C'est une requête visant à détruire des droits énoncés dans la Convention → la Convention est utilisée contre elle-même.

Exemple : Dieudonné contestait le fait d'avoir été condamné pour avoir tenu dans un de ses spectacles des propos antisémites. Il a donc saisi la Cour Européenne en invoquant la liberté d'expression. En effet, il démontre que la juridiction a porté atteinte à **l'article 11 de la DDHC**. Par une **décision du 10 novembre 2015**, la Cour a rejeté sa requête sur le terrain de l'irrecevabilité prévu par **l'article 35 de la Convention** => très révélateur de l'esprit de la Convention.EDH => pas de liberté aux ennemis de la liberté.

- Les décisions de la Cour Européenne des droits de l'homme et leurs effets

Lorsque les États n'avaient pas reconnu le recours individuel devant la Cour, il y avait une autre procédure par défaut : les individus pouvaient alors **saisir le comité des ministres** (du conseil de l'Europe) qui rend des décisions de condamnation.

Ce qui est très spécifique dans l'approche de la Cour est qu'il s'agit d'une **approche casuistique** : la Cour examine les effets concrets qu'a subi le requérant et apprécie ces effets selon s'ils constituent ou non une violation des droits de l'homme => contrôle in concreto.

Lorsqu'elle constate la violation d'un protocole, la Cour accorde une satisfaction équitable (une indemnité mais à la louche) qui n'est pas supposée couvrir tous les torts subis. La Cour peut imposer une simple condamnation de l'État. **L'État est aussi tenu de remédier à la violation des dispositions de la Convention qui lui sont imputables**. Si la violation résulte d'une pratique administrative, alors l'État doit faire cesser cette pratique, il doit prendre des mesures d'exécution s'imposant en vertu de la décision.

La décision de la Cour est une vraie décision juridictionnelle qui crée donc une obligation pour l'État condamné mais qui a seulement un **effet déclaratoire** : l'État doit tirer toutes conséquences de la constatation mais la décision de la Cour ne vient pas annuler, abroger ou modifier quoique ce soit elles dépourvues de force destructrice. En particulier, la décision de la Cour qui intervient toujours après l'épuisement des voies de recours d'interne, **ne remet pas en cause la décision interne**. Le jugement de la Cour sera différent du jugement du juge national.

Exemple : une personne est condamnée à 15 ans de réclusion et soutient ne pas avoir bénéficié d'un procès équitable. L'effet déclaratif de la décision de la Cour fait que la personne sera toujours en prison → la satisfaction équitable n'est pas un véritable remède.

Une **procédure de réexamen en matière pénale a donc été introduite par la loi du 15 juin 2000** en France donnant lieu aux **articles 626-1 et suivants du Code de procédure pénale**. Cette cour de réexamen **va apprécier si la méconnaissance des dispositions de la Convention a affecté de façon irrémédiable le jugement rendu**. Si c'est le cas, la nature de la violation ne peut pas être corrigée par une satisfaction équitable, donc le réexamen de l'affaire est lancé. En 2000, cette procédure ne concerne a été étendue en 2016 à la matière civile (**loi du 18 novembre 2016** pour les décisions concernant l'état des personnes).

Les décisions juridiques de la Convention.EDH ne portant que sur l'État condamné, elles ne sont obligatoires que pour lui. Mais en pratique, **les Etats membres sont attentifs aux condamnations des autres États**.

Entrée en vigueur du protocole d'amendement n°16 adopté en 2013 par les institutions européennes et ratifié par la France le 3 avril 2018 et entré en vigueur en août 2018. Ce protocole permet de poser une **question préjudicielle** que les cours suprêmes renvoient à la Cour.EDH → la réponse de la Cour n'a pas de portée obligatoire, elle rend un avis.



Les Fiches de la Corpo



SMEREP
Sécu étudiante & Mutuelle

Par exemple dans la **décision du Conseil Constitutionnel de 1975, « IVG »**, le Conseil ne contrôle pas la loi par rapport au respect des traités, il ignore les normes internationales donc c'est curieux que tout en prétendant ignorer les normes internationales, il puisse faire des demandes d'avis auprès de la Cour Européenne. En fait, la raison est pragmatique car il est impossible de se désintéresser de la jurisprudence de la Cour.EDH.

Le Conseil Constitutionnel pourra notamment lorsqu'il appliquera des dispositions constitutionnelles que la Cour Européenne manie, solliciter la Convention.EDH pour éviter de prendre au regard de la Constitution des décisions que la Cour n'aurait pas prise, ou aurait jugé différentes. Cette demande d'avis est donc un instrument permettant d'éviter des conflits de jurisprudence entre les cours.

Le droit de l'Union Européenne

Initialement son objectif était purement économique, en constituant un grand marché. Mais progressivement, il est également devenu un droit des libertés.

Premier moment :

- Dès la construction de l'UE, une **décision de la CJCE du 4 février 1959, « Storck »** affirme que la **Cour de justice n'est pas là pour protéger les libertés**. Dans le traité sont reconnus en effet des libertés économiques comme la liberté d'entreprendre, fondatrice dans le droit communautaire ou encore comme la liberté d'aller et venir des travailleurs. Cependant un **particulier ne peut pas invoquer la méconnaissance des libertés** dans le champ de l'UE. Si le droit communautaire ne prévoit rien alors les membres ne bénéficient d'aucune garantie. Par ailleurs, le droit communautaire ne s'appliquera pas de façon uniforme dans l'ensemble des Etats membres de la communauté. Le principe de l'application uniforme du droit communautaire est donc un enjeu considérable puisqu'il remet en cause le marché unique.
- La solution tirée de l'**arrêt Storck** n'était pas tenable pour la construction même de la communauté européenne et ce n'était pas tenable non plus car **l'Allemagne mettait une pression considérable** sur les institutions communautaires pour que la communauté européenne s'empare de la question des libertés : c'est ainsi que dans plusieurs **arrêts la CJUE en 1963, « Van Gend en Loss »** déduit que les normes communautaires ont un effet direct, et en **1964 « Costa contre Enel »** déduit que les normes communautaires peuvent être invoquées contre un Etat et le juge doit les faire primer sur la loi, voire sur la Constitution.
- **Décision de la Cour Constitutionnelle allemande du 18 octobre 1967 « Kalsrau »** : la Cour se laisse la possibilité de faire prévaloir sur les normes communautaires, les droits et libertés que sa Constitution garantit.
- **Décision de la Cour Constitutionnelle allemande du 29 mai 1974 « Solange I »** : tant que l'ordre juridique communautaire n'assurera pas la protection des droits fondamentaux que la loi fondamentale protège, la Cour constitutionnelle fera prévaloir la loi fondamentale.

Deuxième moment :

- La Cour a alors **créé des normes prétorienne**s garantissant les droits et libertés que les textes ne prévoyaient pas : **Arrêt du 17 décembre 1970, « International Handelsgesellschaft »** : « le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect ».
- Progressivement, tous les droits et libertés que les constitutions nationales prévoyaient ont été affirmé en tant que PGD par la CJUE. La Cour a précisé ces sources d'inspiration : les **traditions constitutionnelles des Etats membres, la Convention.EDH**.
- **Arrêt de la CJUE du 22 octobre 1986, « Solange II »** : aussi longtemps que la Cour protégera les droits fondamentaux, la Cour constitutionnelle allemande ne vérifiera plus si les normes communautaires sont conformes avec la Constitution. S'il existe une non-conformité alors la norme communautaire ne sera pas appliquée en droit interne. Elle se réserve le droit d'exercer ce contrôle si le système communautaire se montre défaillant dans la protection des droits fondamentaux.
- Mais jusqu'au début des années 90, il **n'existe toujours aucune charte en droit communautaire qui proclame les droits fondamentaux**.



Les Fiches de la Corpo



SMEREP
Sécu étudiante & Mutuelle

Troisième moment :

- Les institutions communautaires décident de mettre par écrit ces droits et libertés fondamentaux que la Cour de Justice avait dégagé de façon prétorienne. Cela commence en **1992 avec le Traité de Maastricht** : « l'union respecte les droits fondamentaux en tant que principe généraux du droit communautaire », puis avec la **charte des droits fondamentaux de décembre 2000** : texte émanant juridiquement de la communauté européenne mais qui n'a pas de valeur juridique. C'est un acte purement politique, une simple proclamation sans portée juridique. Cela continue avec le **traité de Lisbonne de 2007** où la Charte acquiert pleine valeur juridique et s'impose comme toutes les normes communautaires. Cette Charte s'impose aux Etats membres agissant dans le champ du droit de l'UE (sinon elle est inopérante).
- En France, il y a une jurisprudence du type Solange II : une **décision du Conseil Constitutionnel, du 10 juin 2004, « Confiance dans l'économie numérique »** qui fait allusion à l'**arrêt du Conseil d'Etat du 8 février 2007, « Arcelor »**. Le Conseil Constitutionnel a été saisi dans le cadre du contrôle a priori et on lui demandait de contrôler la constitutionnalité d'une loi qui était la copie conforme d'une directive du droit de l'Union européenne. Mais en réalité, il existe déjà en droit de l'UE un contrôle du respect des droits fondamentaux assuré par la Cour de Justice, notamment car les normes communautaires doivent être conformes à la Charte et aux principes généraux du droit donc le Conseil d'Etat et le Conseil Constitutionnel peuvent s'abstenir de contrôler ces normes.

Les mécanismes juridiques permettant de garantir le respect des droits fondamentaux montre d'abord qu'il n'existe **pas** en droit de l'UE contrairement au droit de la Convention de **recours individuel**. La sanction passe par les juges nationaux car ce sont les juges communautaires de droit commun.

Exemple 1 : une loi transposant une directive relative aux enquêtes en matière de concurrence est appliquée en droit interne à une entreprise mais la procédure méconnaît la protection des données personnelles. Or il existe une directive prévoyant que les services peuvent stocker des données pendant 5 ans. Cependant ce délai est une atteinte à la protection des données personnelle donc la directive est contraire à la Charte des droits fondamentaux devant le juge national. De plus les juges nationaux n'ont aucune compétence pour apprécier la légalité des actes du droit de l'union européenne. **DONC il faut faire un renvoi préjudiciel afin de poser une question en appréciation de légalité (article 267 du TFUE)**. La Cour de Justice donne une réponse et le juge national tranche en fonction de la réponse donnée par la CJUE.

Exemple 2 : une loi transposant mal une directive, prévoyant des enquêtes ou qui ajoute quelque chose d'illégal à ces enquêtes. C'est donc dans la loi que réside la méconnaissance de la Charte donc le juge national est compétent car c'est un acte de droit interne qu'il s'agit d'apprécier. Le juge interne se livre alors un contrôle de conventionnalité de la loi.

• **L'encadrement des libertés**

Certaines libertés ne peuvent pas être limitées du fait qu'elles soient **absolues**, comme le droit à la vie ou l'interdiction torture. Mais il peut exister des limitations :

- (1) Pour protéger les droits des tiers : par exemple la liberté expression n'est pas totale, elle a été limitée par la **loi du 29 juillet 1981**.
- (2) Pour protéger l'ordre public : par exemple on ne peut pas avoir des propos discriminatoires en public.

Encadrer, c'est **garantir/protéger les libertés mais c'est aussi garantir leur effectivité** car même les libertés négatives peuvent exiger une action positive de la part de l'Etat.

Exemple 1 : l'Etat doit s'abstenir de toute censure à l'égard des titres de journaux => tous les journaux doivent être publiés. Si l'Etat n'aide pas financièrement la presse, très peu de titres et de courants d'expression seront représentés donc cette liberté nécessite une action positive de l'Etat.

Exemple 2 : la liberté religieuse implique la possibilité de bénéficier d'un enseignement religieux. L'Etat n'empêche pas les écoles confessionnelles d'ouvrir mais il doit en plus les aider financièrement.



Les Fiches de la Corpo



SMEREP
Sécu étudiante & Mutuelle

L'autorité compétente pour encadrer les libertés

Le législateur a progressivement perdu le monopole en matière de libertés. Désormais l'encadrement des libertés est assuré par la Constitution, par les traités proclamant des libertés, indiquant les limites apportées et parfois posant des règles sur la façon dont ces libertés doivent être rendues effectives.

La compétence principale du législateur

C'est au législateur qu'appartient de préciser le régime juridique des libertés et les règles permettant d'assurer l'effectivité. Cette compétence législative est prévue par la Constitution car l'exécutif est l'ennemi public numéro 1 (raison négative) et car la **loi est adoptée selon une procédure constitutive d'une garantie** et par des représentants donc elle est plus légitime que les actes de l'exécutif (raison positive).

Exemple : la loi proclame la liberté d'association et prévoit les garanties de cette liberté. Le législateur lui prévoit les conditions devant être remplies pour déclarer une association : excès de compétence législative qui n'est pas inconstitutionnelle (**décision du Conseil Constitutionnel du 30 juillet 1982, « Blocage des prix »**) car la Constitution prévoit elle-même des cas de débordements par le législateur de sa propre compétence : **l'article 37 alinéa 2** permet au gouvernement de récupérer son domaine de compétence. De plus, **l'article 41** permet au gouvernement d'invoquer l'irrecevabilité pendant les débats parlementaires si le législateur introduit une disposition relevant du domaine réglementaire.

Le législateur n'a cependant pas d'autorisation d'en faire moins. S'il en fait moins alors la **loi sera entachée d'incompétence négative** : la loi avait donné la possibilité aux agents de la télévision de France de venir chez les gens pour installer des antennes (ce qui est une atteinte à la vie privée) sans prévoir aucune garantie => censure.

Avec la QPC, les choses sont différentes, le législateur ne peut pas invoquer n'importe quelle disposition constitutionnelle, il **ne peut invoquer qu'un droit ou une liberté que la loi méconnaît**. Or, l'incompétence négative du législateur, si c'est un motif en soi d'inconstitutionnalité, ce n'est pas nécessairement une atteinte à un droit ou une liberté que la Constitution garantit :

- **QPC du 18 juin 2010, « Kimberly Clark »** : incompétence négative invoquée à l'encontre d'une loi mais ne montre pas en quoi cette incompétence affecte un droit ou une liberté donc ne peut pas être invoquée dans le cadre de la QPC.
- **QPC du 25 avril 2014** : l'autorité réglementaire était chargée de fixer le régime des sanctions en prison donc elle pouvait sur la base de ce renvoi législatif appliquer le régime de l'isolement en cellule. Mais il y a eu un reproche à la loi du fait qu'elle n'ait pas donné les garanties nécessaires aux personnes détenues menant à une atteinte à un droit ou à une liberté personnel => ici le Conseil Constitutionnel accepte l'argument tiré de l'incompétence négative.

La clarté et l'intelligibilité de la loi est indispensable pour donner du sens. Plus la loi vague et peu claire, plus il faut l'interpréter. L'inintelligibilité et l'obscurité de la loi mènent à l'incompétence négative car elle oblige les juges à préciser la loi à la place du législateur => aussi censurer car le législateur doit aller au bout de sa compétence (**QPC 1 août 2013 « Natixis »**).

La compétence résiduelle de l'administration

L'administration est compétente pour encadrer les **libertés lorsqu'elle prend les actes d'application de la loi, notamment du fait de ses pouvoirs de police**. Ses pouvoirs de police générale appartiennent au **préfet et au maire** et permettent d'assurer l'ordre public, mais ce sont également des **pouvoirs propres** de l'administration. Le chef de l'exécutif détient en dehors de tout texte des pouvoirs propres en matière de police administrative générale => **arrêt du Conseil d'État du 8 août 1919, « Labonne »** : le Président de la République avait pris un règlement de police traitant de la question de la circulation sur les voies publiques. A l'époque, aucun texte ne le désignait comme compétent pour exercer un quelconque pouvoir de police générale donc il y a un recours contre cet acte réglementaire. Cependant même si aucun texte n'attribue ce pouvoir au Président, il le détient en vertu de ses pouvoirs propres. Le pouvoir de police étant nécessairement une atteinte aux libertés, le fait de reconnaître ce pouvoir propre à l'administration est osé de la part du Conseil d'État mais c'est logique car c'est pour des raisons pragmatiques, pour combler un vide. En effet, le maintien de



Les Fiches de la Corpo



l'ordre public est une mission réglementaire et si aucun texte ne prévoit cette compétence en faveur du Président cela signifie qu'aucune autorité à compétence nationale ne peut exercer des pouvoirs de police.

Le Conseil d'État a confirmé la jurisprudence Labonne dans son **arrêt du 2 mai 1973**, « **Association culturelle des israélites nord-africains de Paris** » : désormais ce n'est plus le Président mais le Premier Ministre qui détient le pouvoir de police administrative générale. De plus dans une **décision du 20 février 1987**, « **Code rural** », le Conseil Constitutionnel dit qu'il existe toujours un pouvoir prétorien de police administrative générale appartenant au Premier Ministre.

Les motifs d'encadrement des libertés

On peut limiter une liberté au nom d'une autre liberté, il s'agit de concilier deux libertés.

Exemple 1 : pour respecter la liberté de religion et le caractère confessionnel religieux d'un établissement privé, il peut être porté atteinte à la liberté d'expression des enseignements.

Exemple 2 : le droit de grève consacré par le Préambule de 1946 alinéa 7 peut être limité pour assurer la continuité du service public.

Il est également possible de limiter une liberté pour protéger les droits d'autrui ou préserver l'ordre public. L'ordre public matériel est relatif à un état de calme, de non désordre qui peut être perçu par les sens. L'ordre public moral (immatériel) est quant à lui un ensemble de valeurs qu'une société considère digne de protection.

Le législateur et l'ordre public (notamment immatériel)

Article 10 de la DDHC : « nul ne doit être inquiété par ses opinions, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi ».

C'est le législateur qui est désigné pour dire ce que l'ordre public exige et pour en tirer des conséquences sur la liberté d'expression au nom de l'ordre public.

Mais même lorsqu'aucun texte ne lui permet d'intervenir, il est toujours autorisé à le faire grâce à la jurisprudence du Conseil Constitutionnel qui dit qu'il **appartient au législateur de concilier la prévention des atteintes à l'ordre public et d'autre part de respecter les libertés**.

L'administration et l'ordre public (notamment immatériel)

Ici il s'agit non seulement de l'ordre public matériel mais aussi immatériel. En revanche, s'agissant de l'ordre public immatériel, il est plus compliqué d'admettre que l'administration puisse intervenir pour limiter les libertés. Elle peut réduire les libertés du fait de son pouvoir de police administrative et car la loi lui donne le pouvoir de le faire.

• Distinction police générale et police spéciale :

Police spéciale : forme de police administrative qui vise un **objectif spécial** (pas la salubrité, la tranquillité et la sécurité publique) et qui obéit à des procédures particulières, confiées à des autorités particulières. Elle est nécessairement prévue par la loi. Seul le législateur peut prévoir des cas de police spéciale pour protéger des valeurs : par exemple la police du cinéma. Le législateur peut également **s'emparer de la question de la moralité** et confier à l'administration le soin de mettre en œuvre la protection des valeurs qu'il décide.

Arrêt du Conseil d'État du 18 décembre 1959, « **Société les Films Lutétia** » : projection d'un film qui avait reçu un visa d'exploitation mais que le maire peut interdire : **au nom de l'ordre public matériel** car en l'espèce la moralité du film provoque un trouble matériel et **au nom de la moralité publique, immatériel**, à condition que des circonstances locales le justifient. Exemple : film sur l'affaire du petit Gregory projeté dans la commune où se sont passés les événements mais les circonstances locales s'y opposent donc interdiction au nom des valeurs de la population locale.

Arrêt du Conseil d'État du 27 octobre 1995, « **Commune de Morsang-sur-Orge** » : au nom dignité humaine il est possible de restreindre une liberté car la dignité humaine a une valeur absolue.

Deux conceptions différentes de la dignité de la personne humaine :

- **Conception paternaliste** : c'est l'**arrêt Morsang sur Orge** : le maire interdit le spectacle car il trouve cela indigne. Malgré le fait que le nain voulait le faire, le Conseil d'État a déterminé qu'il est interdit de



Les Fiches de la Corpo



porter atteinte à sa propre dignité. **Au nom de ce qui constitue l'être humain, on interdit à cette personne de s'autodéterminer**, alors que l'auto-détermination est constitutive de la dignité de la personne humaine => paradoxal.

- **Conception libérale : dignité invoquée pour protéger un individu des agressions d'un tiers (ordonnance référé du 23 novembre 2015, Ministre de l'intérieur et Commune de Calais)** → au nom de ses pouvoirs de police administrative générale, le préfet doit protéger la dignité de la personne humaine donc faire en sorte que ces personnes ne vivent pas dans des conditions indignes. **Ordonnance du 9 janvier 2014, « Affaire Dieudonné »** : le Conseil d'État annule l'ordonnance du tribunal administratif qui avait suspendu l'interdiction du préfet de jouer le spectacle pour cause de propos antisémites, en s'appuyant sur la notion de la dignité => utilisation libérale du principe de dignité car il s'agit de protéger des personnes de l'agression d'un tiers.

Les modalités d'encadrement des libertés

Régime répressif ou régime préventif

Différence

Régime répressif : les libertés peuvent être exercées, chaque individu prend les initiatives qu'il souhaite car il existe seulement des **limites fixées par les textes** et pénalement sanctionnées.

Régime préventif : les pouvoirs publics posent un **contrôle avant l'exercice des libertés** afin que cela ne dépasse pas les limites posées à l'exercice des libertés.

En matière de libertés, le régime répressif est un régime **plus protecteur** : il permet des initiatives sans autorisations préalables, ni aucun filtre posé en amont. Il échappe à l'administration et si un individu enfreint les limites, il sera assujéti aux sanctions pénales selon une procédure particulière. **Par exemple la loi 29 juillet 1981** impose un système répressif car cette loi pose un principe de liberté d'expression avec une liste de discours interdits. S'ils sont proférés, font l'objet de sanctions pénales.

L'inconvénient du régime préventif est que **l'initiative individuelle est bridée** car elles sont sous la coupe de l'administration. Ce régime est plus intrusif, raison pour laquelle seul le législateur peut instituer des mécanismes préventifs.

Arrêt du Conseil d'État du 22 juin 1951, « Daudignac » : autorisation d'une photographie d'une rue mais sous condition délivrée par la mairie. Le Conseil d'État annule l'arrêté du maire au motif que l'administration au titre de ses pouvoirs de police administrative générale ne peut pas instituer des mécanismes préventifs d'autorisation.

Cependant il existe des libertés qui sont réfractaires à tout mécanisme préventif d'autorisation, même si c'est la loi qui pose ces mécanismes.

Exemple 1 : la liberté d'association ne tolère aucun mécanisme d'autorisation préalable : **décision du Conseil Constitutionnel du 16 juin 1971 « Liberté d'association »**.

Exemple 2 : la **décision du Conseil Constitutionnel du 11 octobre 1984, « Liberté de la presse »** pose fermement comme principe que cette liberté ne peut pas s'accompagner d'un régime préventif.

Remarque 1 : lorsqu'un régime préventif est institué, ses mécanismes sont accompagnés de mécanismes répressifs → **le régime répressif prend le relai du régime préventif**.

Remarque 2 : même s'agissant des libertés soumises à un seul régime répressif type liberté d'expression, il est toujours possible pour la police administrative d'intervenir en amont en cas de risque de trouble à l'ordre public → exemple de Dieudonné.

Les régimes déclaratifs

Concerne les cas où la liberté est exercée sans être soumise à un régime d'autorisation mais à une formalité via une **déclaration** auprès de l'administration avant l'exercice de l'activité. Il existe alors :

- **Le régime déclaratif pur** : un individu accomplit une formalité préalable qui fait que l'administration ne dispose d'aucun pouvoir pour l'empêcher d'exercer cette activité (exemple : **liberté association**).



Les Fiches de la Corpo



SMEREP
Sécu étudiante & Mutuelle

- **Le faux régime déclaratif** : avant d'exercer une liberté, il faut effectuer une déclaration mais ici l'administration peut s'opposer à l'exercice de la liberté que l'individu projette d'exercer. L'exemple type concerne la liberté de manifestation régit par un **décret-loi d'octobre 1935** : en amont de la manifestation, l'administration a la possibilité de l'interdire en cas de risque d'atteinte à l'ordre public ou imposer un parcours différent pour des questions de circulations. Il s'agit donc d'un faux régime déclaratif car en réalité l'autorisation est masquée.

Le Conseil Constitutionnel a eu l'occasion de censurer le faux-régime déclaratif que le législateur avait mis en place. Par exemple : pour la liberté d'association, le Conseil Constitutionnel a décidé que si les libertés s'accommodent d'un mécanisme d'autorisation, alors il n'y a pas de problème pour que cette liberté fasse l'objet d'un faux régime de déclaration. Cela sert uniquement à informer l'administration et à permettre l'application de façon plus effective de la répression.

Le respect de la proportionnalité de la mesure restrictive de liberté

Le contrôle de proportionnalité exercé par le juge administratif

Le juge administratif a commencé à **contrôler la proportionnalité des mesures attentatoires à la liberté** en contrôlant les actions de l'administration. Il l'inaugure de façon implicite mais certaine, à l'occasion de l'**arrêt du Conseil d'État du 10 août 1917, « Baldy »** dans lequel il annule un arrêté préfectoral qui interdisait que le drapeau national serve comme ornement à des emblèmes religieux adopté après l'entrée en vigueur de la **loi de 1905** sur la séparation des églises et de l'État, au motif qu'une telle interdiction pure et simple, sans exception ni restriction est illégale. En somme, cette mesure administrative était disproportionnée, c'était une mesure trop violente, et pas adaptée au but qu'elle entendait visée. (Même chose dans l'**arrêt du Conseil d'État du 19 mai 1933, « Benjamin »**).

Le contrôle du Conseil d'État opère grâce à deux éléments :

- Le **contrôle de qualification juridique des faits** : le juge contrôle s'il existe une situation que l'on peut regarder comme un risque de trouble à l'ordre public. Le juge opère ce contrôle depuis l'**arrêt du Conseil d'État du 4 avril 1914 « Gomel »** où il y avait bien un risque de trouble à l'ordre public.
- La **proportionnalité de la mesure** : le juge opère un contrôle du caractère adapté de la mesure adoptée à la situation de fait tel qu'il l'a qualifié.

Précision : une loi permettait au ministre de l'intérieur d'interdire la presse étrangère lorsqu'elle risquait de troubler l'ordre public. Elle a été soumise à un contrôle spécifique, mais ce contrôle était amputé car le juge contrôlait si les règles de forme et de procédure étaient bien respectées : il vérifiait que la mesure provenait d'une autorité compétente mais il ne vérifiait pas si la situation de fait justifiait la mesure. Or l'appréciation à laquelle le ministre s'est livré n'était pas susceptible d'être contrôlée devant le juge administratif. Cette jurisprudence a cependant été abolie avec l'apparition de l'erreur manifeste d'appréciation. Le **2 novembre 1973, l'assemblée du Conseil d'État** adopte la solution **« Librairie François MASPERO »** dans laquelle il décide que le juge administratif exerce un contrôle restreint, **qui est celui de l'erreur manifeste d'appréciation**. Ce n'est pas un contrôle liberticide mais un outil qu'a créé le juge pour introduire son contrôle dans des zones où il refusait de s'engager. Il existe alors deux types de contrôle :

- **Contrôle normal** : le juge se met à la place de l'administration. Les garanties sont beaucoup plus importantes ici car l'opération intellectuelle précédant la prise de décision est entièrement refaite par le juge.
- **Contrôle restreint** : le juge reste extérieur à la situation.

Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil Constitutionnel

Lorsque le Conseil Constitutionnel contrôle la loi pénale, il peut contrôler la nécessité de l'incrimination. Il peut censurer le législateur lorsqu'il décide d'interdire un comportement. Deux fondements juridiques :

- **Article 4 de la DDHC** : seuls les actes nuisibles sont susceptibles d'être interdits.
- **Article 5 de la DDHC** : le législateur n'a que le droit d'interdire les actions nuisibles à la société. Il le fait pour des considérations d'ordre politique.



Les Fiches de la Corpo



SMEREP
Sécu étudiante & Mutuelle

Le Conseil Constitutionnel peut contrôler l'adaptation de la mesure aux faits, autrement dit la nécessité de la peine. **L'article 8 de la DDHC** dispose que la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires. Curieusement le contrôle du Conseil Constitutionnel est timide sur ce point mais fréquent. Il se limite à un contrôle restreint/de l'erreur manifeste d'appréciation c'est à dire qu'il vérifie seulement si la peine n'est pas manifestement inutile ou exagérée. Il ne se substitue pas pour autant au législateur, il lui laisse son pouvoir d'appréciation => **question de légitimité démocratique**.

Autre contrôle de proportionnalité que le Conseil Constitutionnel exerce : « **le triple test de proportionnalité** » : c'est une méthode de contrôle qui a été façonnée par la Cour constitutionnelle allemande et qui consiste à **vérifier si la loi portant atteinte à la liberté est adaptée, nécessaire et proportionnée au sens strict**.

Par exemple : lors d'une **QPC du 10 février 2017**, le Conseil Constitutionnel a censuré certaines dispositions législatives qui sanctionnaient le fait de consulter des sites internet qui font l'apologie du terrorisme, en mettant en œuvre le triple test de proportionnalité :

1. Mesure très éloignée de l'acte dommageable donc pas nécessaire de la sanctionner.
2. Avec ce dispositif, le législateur sanctionne des faits ce qui n'est pas adapté.
3. La mesure n'est pas proportionnée.

Le législateur adopte donc le 16 février 2017 une nouvelle disposition législative qui incrimine une personne consultant les sites de terrorisme mais à une condition : il faut que la personne qui consulte des sites adhère à l'idéologie terroriste, **il ne suffit pas de consulter, il faut qu'elle soit accompagnée d'une adhésion**. Mais censure de nouveau par le **Conseil Constitutionnel le 15 décembre 2017 à la suite d'une QPC** : malgré cette précision, la loi n'est toujours pas ni adaptée, ni sincère, ni proportionnée.

Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour Européenne des droits de l'homme

La Cour Européenne met en œuvre ce contrôle en :

- Se demandant si la **limitation de la liberté est prévue par la loi** : elle parle d'ingérence publique et non de limitation : c'est l'intrusion de la personne publique dans l'exercice des libertés.
- Se demandant si cette **ingérence publique poursuit un but légitime** : il existe des catégories : la protection des droits des tiers, la protection de l'ordre public (matériel et immatériel) ...
- Se demandant si elle est **nécessaire dans une société démocratique** : est-ce qu'elle répond à un besoin impérieux ? Cela dépend des pays car en Irlande par exemple, l'avortement est interdit alors qu'en France non. Cela signifie que pour apprécier cette nécessité, la Cour s'est forgée un prototype de société démocratique basé sur la tolérance, le pluralisme et l'ouverture d'esprit : **arrêt de la CEDH du 7 décembre 1976, « HANDYSIDE »**.
- Enfin, elle va contrôler si **l'ingérence publique est proportionnée** : est-ce qu'elle est adaptée à la situation et au but qu'elle poursuit ? À ce stade, la Cour dit qu'il doit exister un juste équilibre entre le but qui est recherché et l'atteinte aux libertés.

Sécurité et liberté

La sécurité est la **mission essentielle de l'État**, elle est nécessaire pour protéger les libertés et garantir leur exercice. Son caractère est ambivalent car elle doit protéger mais elle porte aussi atteinte à la liberté.

Juridiquement, c'est un **objectif de valeur constitutionnelle** (catégorie de normes constitutionnelles créées par le Conseil Constitutionnel qui ne fait pas partie des « droits et libertés » au sens de **l'article 61-1 de la Constitution**) : instrument permettant au Conseil Constitutionnel de dire qu'il est possible de porter atteinte, de limiter des droits et libertés ou des principes contenus dans la Constitution => mais ce n'est pas un principe absolu :

- **Décision du Conseil Constitutionnel du 27 juillet 1982** : la sécurité peut être invoquée pour limiter des libertés mais elle ne peut pas être invoquée en tant que tel dans le cadre d'un Objectif de Valeur Constitutionnelle.
- **QPC du Conseil Constitutionnel du 17 octobre 1994** : un Objectif de Valeur Constitutionnelle n'est pas un droit ou une liberté que la Constitution garantit donc elle n'est pas invocable dans le cadre d'une QPC.



Les Fiches de la Corpo



Le potentiel liberticide de la sécurité est d'autant plus aigu que les menaces pour la sécurité sont importantes. En temps de paix, la sécurité s'instaure d'elle-même mais plus la paix est menacée, plus l'État doit intervenir pour garantir la sécurité d'où les limites supplémentaires apportées aux libertés.

Sécurité et liberté individuelle

• L'évolution de la notion de liberté individuelle

La conception extensive de la notion de liberté individuelle

La liberté individuelle, c'est la **sûreté** : le droit de ne pas être détenu arbitrairement : la détention arbitraire, sans raison est prohibée à **l'article 7 de la DDHC** et à **l'article 66 de la Constitution**.

Lorsque le constituant écrit **l'article 66 de la Constitution**, il pense à la sûreté : ce qui protège les individus de ce qui a constitué pour eux le plus grand traumatisme de l'État : la détention arbitraire, notamment via les lettres de cachet. Le droit à la sûreté est **un des premiers droits que l'individu a revendiqué à l'égard de l'État**.

Progressivement, le Conseil Constitutionnel va retenir de la notion de la liberté individuelle **une conception beaucoup plus large** dépassant la sûreté. Dans une série de décisions des années 90, le Conseil Constitutionnel énonce que fait partie de la liberté individuelle, non seulement la sûreté mais la **liberté d'aller et venir, la liberté du mariage (décision du 13 août 1993), l'inviolabilité du domicile (décision du 22 avril 1997) ou encore le respect de la vie privée (décision du 18 janvier 1995)**.

Ce **rattachement à l'article 66 de la Constitution entraîne l'intervention du juge judiciaire, gardien de la liberté individuelle**. Exemple 1 : seul le juge judiciaire pouvait autoriser des visites domiciliaires ou des perquisitions Exemple 2 : le juge judiciaire devait intervenir pour autoriser l'emplacement de caméras de vidéosurveillance sur les voies publiques.

- **Raison juridique** : le Conseil Constitutionnel voulait consacrer ces libertés au rang de libertés constitutionnellement garanties. Seulement dans les textes constitutionnels, on ne trouvait pas ces droits et libertés, donc pour les dégager, le Conseil Constitutionnel a utilisé comme fondement **l'article 66**.
- **Raison historique** : tradition selon laquelle le juge judiciaire protège les libertés, consacrée par des textes de droit écrit : Exemple 1 : la **loi du 8 mars 1810** donne la compétence au juge judiciaire pour fixer le prix en cas d'expropriation. Exemple 2 : la **loi du 30 juin 1938** permet l'internement d'office par le préfet des personnes présentant des troubles mentaux, et qui constituent un risque pour la sécurité publique. La loi fait intervenir le juge judiciaire afin qu'il contrôle la nécessité de l'intervenant.

Traduction jurisprudentielle : **la voie de fait** : lorsque l'administration commet une illégalité particulièrement grave portant atteinte au droit de propriété ou aux libertés fondamentales, elle commet une voie de fait, qui fait qu'elle est traitée comme un simple humain/individu, par le juge judiciaire.

- **Raison politique : la défiance à l'égard du juge administratif (raison négative)** : le juge judiciaire est un bon protecteur des libertés contrairement au juge administratif. La notion de liberté individuelle ne se réduit pas à la sûreté, cela implique que le juge judiciaire doit intervenir dans la procédure. Si les perquisitions ne sont pas regardées comme des libertés individuelles, l'administration peut décider une perquisition sans que le juge judiciaire intervienne. Si on s'en tient à une notion restrictive de la liberté individuelle, l'affaire en cas de contentieux intéresse seulement le juge administratif ce qui a posé problème pendant longtemps du fait que le Conseil Constitutionnel a nourri une défiance à l'égard du juge administratif. Il faut donc confier les procédures au juge judiciaire car c'est lui qui les protège.

Il faut retenir une conception élargie/extensive de la notion de liberté individuelle, englobant le respect de la vie privée.

On reproche au juge administratif :



Les Fiches de la Corpo



SMEREP
Sécu étudiante & Mutuelle

- (1) D'être **trop proche, trop intime avec l'administration ou l'État. Jusqu'en 1953, le juge administratif était le juge du droit commun.** Or ce qui fonde la justice administrative c'est d'instaurer un juge ayant le sens de l'intérêt général.
- (2) **Défiance dû à une infirmité de procédure du juge administratif.** Jusqu'au milieu des années 1990, le juge administratif ne détenait pas d'instruments performants ou efficaces pour protéger les individus en cas d'atteinte, d'agressions portées par l'administration.

Cette conception du juge administratif va faire intervenir de façon majeure des nouveaux mécanismes dans les années 1990 :

- **8 février 1995 : pouvoir d'injonction** donné au juge administratif qui peut ordonner à l'administration ce qu'il faut faire.
- **Loi du 30 juin 2000 : création du juge des référés, juge des libertés.** **L'article L.521-2 du Code de justice administrative** énonce que le juge des référés peut prendre toute mesure utile même non provisoire pour protéger une liberté fondamentale lorsque l'administration lui porte gravement atteinte. Il agit vite et de façon efficace.

Un retour à une conception restrictive de la notion de liberté individuelle

La conception restrictive commence avec la **décision du Conseil Constitutionnel du 16 juin 1999** : il s'agit d'une **loi permettant à l'administration de retirer des points du permis de conduire**, or ce pouvoir porte atteinte à la liberté d'aller et venir. Il y a donc eu un recours exercé devant le Conseil Constitutionnel soutenant que le législateur ne pouvait pas remettre la procédure à la seule administration sans que le juge judiciaire n'intervienne du tout. Cependant, pour le Conseil Constitutionnel, il n'y avait pas **d'atteinte à la liberté individuelle car il n'y avait pas de privation de liberté** donc personne ne peut reprocher au législateur de ne pas avoir fait intervenir le juge judiciaire —> distinction entre liberté individuelle et liberté d'aller et venir => Retour à la notion restrictive de liberté individuelle.

Plus-tard, **le droit au respect de la vie privée, les libertés de mariage, le respect au domicile**, associés à la notion de liberté individuelle à partir de 1999, **s'en sont détachés** de sorte que lorsque l'administration peut désormais porter atteinte à ces libertés sans que la présence du juge judiciaire ne soit requise. Le Conseil Constitutionnel a donc mis en place une nouvelle étiquette, celle de la **liberté personnelle** : ce sont des libertés qui n'ont pas de lien entre elles mais qui ont un point commun qui est celui d'avoir été pendant une période placée sous l'étiquette de la liberté individuelle —> détachement de la liberté individuelle.

Cette rétractation de la notion de liberté va produire des effets collatéraux :

- **Arrêt du Conseil d'État du 23 janvier 2013, « Commune de Chirongui »** rendu au visa de **l'article L.521-2 du Code de justice administrative** (référé-liberté), par lequel le juge administratif prend toutes les mesures nécessaires lorsque l'administration, dans l'exercice de ses pouvoirs, porte une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale. **Démarcation entre l'intervention du juge-référé liberté et l'intervention du juge judiciaire au titre de la voie de fait.** En dépit de cette distinction, le Conseil d'État a décidé que même dans le cadre d'une voie de fait, et en cas d'atteinte grave et illégale à une liberté fondamentale, le juge judiciaire interviendrait.
- **Arrêt du Tribunal des conflits du 17 juin 2013, « Bergeond »** : **désormais le juge-référé liberté intervient même en cas de voie de fait** —> il existe deux procédures pour une même atteinte, pour des situations identiques ce qui restreint la notion de voie de fait aux seuls cas d'atteinte à la liberté individuelle et de privation du droit de propriété. **La compétence judiciaire ne jouera qu'en cas de privation de liberté.**

La liberté individuelle est un droit déclenché en cas de privation de liberté, c'est une contrainte exercée sur la liberté d'aller et venir. Si le pouvoir administratif entend priver une personne de liberté, cette procédure doit faire intervenir le juge judiciaire => l'efficacité de la procédure n'est plus la même.

Il existe désormais 2 critères : **critère géographique et critère temporel** :

- **Décision du Conseil Constitutionnel du 9 juin 2011 : l'assignation à résidence des étrangers en situation irrégulière est une procédure de police administrative qui ne fait intervenir que l'autorité administrative** ce qui permet de délimiter un périmètre géographique. Ici le Conseil Constitutionnel décide que cette assignation n'est pas une atteinte à la liberté individuelle car une contrainte à la li-



Les Fiches de la Corpo



SMEREP
Sécu étudiante & Mutuelle

berté d'aller et venir n'est pas telle qu'une privation de liberté mais seulement une restriction de la liberté d'aller et venir.

- **Décision du Conseil Constitutionnel du 27 février 2015, QPC** : **dispositions législatives prévoyant les jours d'arrêt pour les militaires**. C'est une sanction prononcée contre les militaires pour fautes disciplinaires qui les interdit de sortir de la caserne. La loi permet à l'autorité militaire de prononcer jusqu'à 40 jours d'arrêt. Le Conseil Constitutionnel ne considère pas cela comme une privation de liberté mais seulement comme **une mesure restrictive de liberté**.
- **Loi sur l'état d'urgence** → **arrêt du Conseil d'État du 22 décembre 2015** : cette loi prévoit des **assignations à résidence des personnes constituant une menace pour l'ordre public** => **procédure de police administrative spéciale** qui consiste à fixer un périmètre au-delà duquel une personne assignée ne peut aller ou qui consiste en une astreinte à domicile qui ne peut toutefois pas aller au-delà de 12 heures à la suite. Ici il n'est pas question de prévoir une procédure de contrôle par le juge judiciaire car elle viendrait freiner la procédure. Le Conseil d'État déclare que ce n'est pas une **mesure privative de liberté**, seulement au-delà d'un certain délai. C'est une mesure qui porte atteinte à la liberté d'aller et venir mais elle n'est pas constitutive d'une privation de liberté donc il n'est pas nécessaire de faire intervenir le juge judiciaire.
- **L'intervention du juge judiciaire en cas d'atteinte à la liberté individuelle**

Présentation

L'article 5 de la CEDH parle des « privations de liberté » :

Alinéa 1 : cas dans lesquels il est possible de priver une personne de sa liberté : **6 hypothèses de détention** ordonnées par le juge judiciaire ou par l'administration dans l'exercice de son pouvoir de police.

Alinéa 2 : les garanties qui doivent exister dans la mise en œuvre de cette détention. **Deux types de garanties** : garanties s'appliquant dans tous les cas de détention et garanties supplémentaires décidées dans un cadre judiciaire.

En droit interne : **intervention du juge judiciaire**

La décision d'arrêter une personne peut très bien provenir de l'administration et pas seulement du juge. Cette intervention signifie que le juge judiciaire doit **intervenir automatiquement, sans avoir besoin d'être saisi, pour contrôler la nécessité de la détention (article 66 de la Constitution)**. Le droit français est donc plus exigeant que le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme.

La **loi du 30 juin 1838** sur l'hospitalisation d'office permet au préfet d'intervenir quand une situation présente une dangerosité pour les tiers. Cette loi avait prévu que cet internement pouvait s'étaler sur 15 jours sur simple décision du préfet mais au bout de ces 15 jours, l'intéressé avait la possibilité de saisir un juge. Ce dispositif a été censuré par le **Conseil Constitutionnel le 26 novembre 2010, QPC** : d'où la modification de la **loi du 30 juin 1938** par la **loi du 5 juillet 2011** : **au bout de 12 jours, le juge des libertés et de la détention intervient automatiquement**. Son rôle doit consister au minimum, à permettre au juge judiciaire de contrôler la nécessité de l'internement, ce qui signifie que **le juge judiciaire n'apprécie pas la légalité de la décision d'arrestation dans son ensemble mais uniquement la nécessité de l'arrestation**.

Ce système est condamné par la CEDH dans une **décision du 18 novembre 2010, « Boudouin contre France »** : la loi à l'époque prévoyait le recours d'une personne internée devant le juge. La Cour européenne condamne ce recours éclaté entre les ordres de juridiction et exige un recours effectif devant un juge qui dispose de la plénitude de juridiction, qui peut tout contrôler.

Par ailleurs en vertu du principe de séparation des autorités administrative et judiciaire, **le juge de droit commun des actes administratifs est le juge administratif**. Ce champ de compétence du juge administratif a valeur constitutionnelle (**décision du Conseil Constitutionnel du 23 janvier 1987**). **L'article 66 de la Constitution doit donc être concilié avec ce champ de compétences reconnu au juge administratif** : le juge judiciaire est le gardien des libertés individuelles et le juge administratif est compétent pour annuler les décisions administratives. Autrement dit, **le juge judiciaire est compétent pour apprécier la nécessité de l'hospitalisation et le juge administratif pour apprécier la légalité de la décision**. Cependant la **loi du 5**



Les Fiches de la Corpo



juillet 2011 : compétence judiciaire pour connaître de l'ensemble de la décision car la loi ne peut pas soumettre des personnes si vulnérables aux conséquences compliquées du dualisme juridictionnel.

Les mesures judiciaires privatives de liberté

Les décisions décidées par le juge judiciaire

S'agissant des détentions, ce sont les plus longues qui sont décidées par le juge judiciaire :

- **Les peines privatives de liberté** prononcées dans un jugement pénal.
- **La détention provisoire** (qui n'est pas une peine) : personne mise en examen soit pour leur protection soit pour les besoins d'une enquête (décision du juge des libertés et de la détention qui prend la décision).
- **La rétention de sûreté** : instituée le 25 juillet 2008, **visée à isoler des personnes déjà condamnées et qui ont déjà purgées leur peine** (au moins 15 ans réclusion criminelle), mais toujours considérées comme présentant un risque très élevé de dangerosité et donc de récidive. Il faut que la rétention de sûreté soit décidée dans le jugement de condamnation et qu'une fois que la personne a purgée sa peine, que la juridiction régionale examine si cette personne a un degré de dangerosité justifiant son intervention. **Intervention double du juge : agit au stade de la condamnation et à la sortie de prison.**

Le cas particulier de la garde à vue

C'est un cas judiciaire : la distinction apparaît au sein des autorités judiciaires entre le parquet et le siège. La garde à vue est **décidée par un officier de police judiciaire**.

- Au bout de **24h**, un **magistrat du parquet** intervient pour autoriser la prolongation de la garde à vue pour encore 24h.
- Au-delà de **48h**, c'est un **magistrat du siège** qui intervient : le juge des libertés et de la détention.

Distinction consacrée par une **décision du Conseil Constitutionnel du 30 juillet 2010, QPC** posant qu'à partir de 48h nécessairement, il faut l'intervention d'un magistrat du siège car elle constitue une meilleure garantie que l'intervention du parquet. Les deux sont habilités pour protéger les libertés individuelles mais le magistrat du siège est un meilleur protecteur.

La Cour Européenne a une position différente : **arrêt du 10 juin 2008, « Medvedyev contre France »** confirmé par un autre **arrêt de la Grande Chambre du 29 mars 2010. D'après l'article 5 de la CEDH et pour la Cour, les magistrats du parquet ne sont pas des magistrats judiciaires**

- Car le parquet n'est pas indépendant à l'égard de l'exécutif, il est chargé de mettre en œuvre la politique pénale du gouvernement.
- Car le parquet ne présente pas les signes d'impartialité requis : le principe d'impartialité exige que seule une autorité neutre décide de maintenir une garde à vue (impartialité objective).

Le droit français n'est pas pour autant contraire à la Convention.EDH en raison du délai à partir duquel l'autorité judiciaire intervient : **arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 15 décembre 2010** : une personne placée en garde à vue pendant 25 heures se plaint de ne pas avoir bénéficié de l'intervention du juge judiciaire au sens de la Convention.EDH, c'est à dire de l'intervention d'un magistrat du siège. Cependant, pouvoir bénéficier d'un juge du parquet au bout de 24h est suffisant au regard du droit interne (enjeu opérationnel).

Les mesures administratives privatives de liberté

Il s'agit d'une **mesure de police administrative (le plus souvent spéciale)**, donc normalement l'autorité judiciaire n'a pas à intervenir mais par dérogation à cette exclusion, le juge judiciaire va intervenir.

Mesures privatives de liberté adoptées à l'encontre des étrangers : mesures de détention. Ces mesures sont adoptées au nom de l'ordre public car seuls les étrangers en situation régulière peuvent séjourner sur le territoire : les ressortissants de l'UE disposent d'un droit d'entrée et de séjour sur le territoire, mais les **ressortissants d'États tiers n'ont pas de droit de séjour ni d'entrée**. Mais droit d'entrée sur le territoire pour



Les Fiches de la Corpo



SMEREP
Sécu étudiante & Mutuelle

tout demandeur d'asile. Les ressortissants d'État tiers dispose d'un droit d'entrée pour formuler leur demande.

L'asile

L'asile est accordé aux personnes qui sont persécutées dans leur pays d'origine du fait de leur race, leur religion, ou de leurs opinions politiques. En France, ce statut de réfugié est accordé par un établissement public : l'Office Français de Protection des Réfugiés et des Apatrides (OFPRA) qui, s'il accorde le statut de réfugié au demandeur d'asile, celui-ci détient une **carte de résident pendant 10 ans** en France.

Il arrive que certaines personnes ne fassent pas l'objet de persécution dans leurs pays d'origine mais que leur vie dans leurs pays d'origine soit menacée par exemple parce que leur pays est en guerre. Dans ce cas, ils n'ont **pas le statut de réfugié mais ils sont accueillis sur le territoire au titre de la protection subsidiaire** (droit de séjour d'un an renouvelable).

Les demandeurs d'asiles doivent être acceptés sur le territoire pour former leurs demandes d'asile : Principe de non-refoulement (droit de rester sur le territoire tant que leur demande est étudiée), reconnu par la Convention de Genève, par la Charte des droits de l'homme et par le **Conseil Constitutionnel le 13 août 1993**.

La question de l'asile a progressivement été communautarisée, traitée par le droit de l'UE : règlements de Dublin (aujourd'hui **règlement Dublin III adopté le 25 juin 2013**) qui déterminent les questions d'examen :

- Principe : la demande d'asile **est traitée par le premier état sur le sol duquel l'étranger a mis le pieds**. Ce pays effectue un relevé d'empreintes afin d'inscrire l'individu dans une base de données à laquelle tous les États membres peuvent accéder (Eurodac), et dépose une demande de droit d'asile (demande qui doit être traitée dans les deux mois qui suivent). Pendant ce temps, l'État doit donner des **provisions d'hébergement**.
- **Procédure des duplinés** : cas d'un individu qui par exemple est en France mais qui est arrivé en Grèce : renvoi en Grèce pour faire sa demande.

Visa Schengen (espace Schengen créé par un **accord conclu le 14 juin 1985**) : tous les États membres de l'espace Schengen accueillent des ressortissants d'États tiers et accordent une autorisation de séjour dans les mêmes conditions (harmonisation). En contrepartie, ce ressortissant d'État tiers pourra circuler au sein de l'espace Schengen avec le même titre de séjour.

Protection subsidiaire : le demandeur obtient un droit d'asile ou de protection dans l'État qui l'a autorisé mais il dispose aussi d'une possibilité de circulation selon les conditions du VISA de Schengen.

Cette règle du pays d'accueil est cependant intenable car elle crée un déséquilibre considérable dans la répartition des demandeurs d'asile.

Les placements en zone d'attente

Concerne les personnes ayant **séjourné irrégulièrement sur le territoire français, dont la demande était manifestement infondée** : il est possible de placer ces demandeurs en zone d'attente (possible également pour les étrangers qui arrivent en France et qui n'ont pas de titre de séjour).

La **loi Quilès du 6 juillet 1992** : avant l'adoption de cette loi, ces étrangers étaient maintenus en zone de transit. Le premier essai avant l'adoption de cette loi, a été une disposition législative disposant que le maintien des étrangers ne pouvait être décidé que pour 20 jours consécutifs par l'administration sur simple décision administrative de la police des douanes, et pouvait être prolongé de 10 jours supplémentaires sur autorisation du tribunal administratif. Le juge judiciaire était exclu alors qu'il existait une mesure privative de liberté. C'est la raison pour laquelle ce dispositif a été censuré par une **décision du Conseil Constitutionnel du 25 février 1992** faisant suite à un **arrêt du Tribunal de Grande Instance de Paris du 25 mars 1992** : des demandeurs d'asile avaient été enfermés dans un hôtel et avaient saisi le juge judiciaire d'une demande de réparation pour voie de fait car il s'agissait d'un acte insusceptible de se rattacher à un pouvoir appartenant à l'administration puisqu'ils étaient privés de liberté.

Donc période de non droit avant la **loi Quilès** menant à une **condamnation par la Cour Européenne le 25 juin 1996, « Amuur contre France »** : la Cour Européenne condamne la France pour avoir enfermer des étrangers



Les Fiches de la Corpo



SMEREP
Sécu étudiante & Mutuelle

pendant 22 jours dans un hôtel aux abords d'Orly, et donc pour avoir méconnu **l'article 5 de la Convention**. Entre temps, la **loi Quilès** a été adoptée et incorporée au Code de l'entrée du séjour des étrangers et du droit d'asile à **l'article L.221-1**. **Désormais les zones de placement correspondent soit à des lieux qui se trouvent entre l'embarquement et le débarquement, soit aux frontières**, autrement dit des zones de transit internationales et faisant l'objet d'aménagements spécifiques pour permettre l'hébergement.

Régime juridique : c'est l'administration qui décide du placement en zone d'attente pour **4 jours**. **Passer ces 4 jours, le juge des libertés et de la détention intervient automatiquement pour ordonner sa prolongation qui ne peut durer que 8 jours de plus maximum**. Si au bout de 8 jours, l'administration n'a toujours pas trouvé de pays d'accueil ou de moyen de faire retourner l'étranger dans son pays, le juge des libertés et de la détention peut autoriser l'administration à détenir encore 8 jours supplémentaires l'étranger. 20 jours de placement en zone d'attente maximum. Après ce délai, si aucune solution n'a été trouvée pour renvoyer l'étranger dans son pays d'origine, il doit être libéré et autorisé à séjourner librement sur le territoire grâce à un titre séjour provisoire, en attente de la mise en œuvre de la procédure de renvoi dans son pays d'origine.

La rétention administrative

Il s'agit d'enfermer les étrangers étant en situation irrégulière pour organiser leur retour dans leur pays d'origine : seuls les étrangers qui ont fait l'objet d'une décision administrative d'éloignement peuvent être placés en rétention administrative. Cette décision s'ajoute au constat de la situation irrégulière de l'étranger. Ces mesures visent des étrangers présentant une **menace pour l'ordre public** et qui sont en phase d'être expulsés. Par exemple, un étranger qui est en France et qui prépare un séjour à l'étranger pour préparer un attentat : quand la police administrative identifie l'étranger, même s'il est en situation régulière du point de vue titre, il peut être expulsé pour des motifs d'ordre public.

Quand quelqu'un fait l'objet de cette mesure, il bénéficie **d'un mois pour quitter spontanément le territoire (article L.511-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile)**. Ce n'est que si la personne intéressée ne quitte pas le territoire au bout d'un mois que l'administration peut enclencher des procédures coercitives.

L'administration a alors le choix entre deux procédures :

(1) **Assignment à résidence** : mesure « soft ». Deux types d'assignments :

- **Assignment court délai** : peut durer **jusqu'à 90 jours (article L.561-2 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile)** lorsque l'éloignement de l'étranger est une perspective raisonnable. Initialement, l'assignment dure 45 jours mais elle peut être renouvelée une seconde fois pour 45 jours, sans être assortie d'une astreinte à domicile, mais seulement d'une **délimitation de périmètre avec obligation de pointage**.

- **Assignment long délai** : **article L.561-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile** : peut durer **6 mois et être renouvelable pour 6 mois** quand c'est difficile de reconduire l'étranger à la frontière (souvent parce que l'identité même de la personne n'arrive pas à être définie). Cette décision peut être assortie d'une **astreinte à domicile quotidienne de 3 heures par jour**, visant à ce que l'administration bénéficie d'un lieu de rendez-vous, d'un créneau horaire où elle compte rencontrer l'étranger assigné à résidence, pour prévenir cette personne qu'elle quittera le territoire tel jour.

Il s'agit de la mesure **d'assignment qui doit être préférée et choisie prioritairement** :

- Exigence du droit de l'UE : **directive « retour » adoptée le 16 décembre 2008** visant à harmoniser les règles relatives aux étrangers en situation irrégulière et notamment règles relatives à la rétention : l'assignment doit être choisie en priorité donc la rétention ne doit intervenir que si l'étranger concerné ne coopère pas ou encore ne présente pas les garanties de représentation.
- Exigence de la CEDH : **s'agissant des familles qui ont des enfants en bas âge au nom** de l'interdiction des traitements inhumains et dégradants. La France a d'ailleurs été condamnée pour le placement en rétention administrative d'une famille qui avait des enfants de 3 mois et de 4 ans, dans une **décision du 19 janvier 2012, « POPOV contre France »** : à l'issue de cette condamnation, un circulaire a été adoptée imposant l'interdiction de rétention administrative des familles accompagnées des enfants en bas-âge (exigence inscrite dans la **loi du 7 mars 2016**).



Les Fiches de la Corpo



SMEREP
Sécu étudiante & Mutuelle

- L'assignation n'est pas mesure privative de liberté mais seulement restrictive de la liberté d'aller et venir donc elle peut rester dans un cadre purement administratif. Le juge judiciaire n'est pas appelé à intervenir au titre de **l'article 66 de la Constitution**.
- (2) **Rétention administrative** : **article L.551-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile** : mesure prise d'abord en matière d'expulsion (étrangers présentant une menace pour l'ordre public) ou encore s'il existe à l'égard d'un étranger faisant l'objet d'une mesure d'éloignement des **raisons sérieuses de penser qu'il risque de fuir**. Le code définit les situations de risque de fuite (listées à **l'article L.511-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile**). La rétention se fait dans des **centres de rétention administrative** (20 centres en France) : créés par une **loi de 1981**. Aujourd'hui, la durée maximale est de 90 jours. Mais en droit de l'UE, la durée limite de la rétention administrative est de 6 mois :
 - Le préfet décide de placer en centre pendant 48 heures sur simple décision administrative —> il est possible que pendant ce délai, que la reconduite à la frontière s'effectue.
 - Au bout de 48 heures, le juge des libertés et de la détention intervient automatiquement pour autoriser la prolongation de la rétention pour 28 jours maximum (**article L.552-7 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile**).
 - Si rien ne se produit pendant les 28 jours, le juge des libertés et de la détention peut autoriser une prolongation jusqu'à 30 jours mais que seulement si l'administration n'est pas responsable du retard.
 - À l'issue de ces 30 jours, il est encore possible pour le juge des libertés et de la détention d'accorder 15 jours supplémentaires —> soit 3 mois.

Le juge des libertés et de la détention intervient de façon automatique à chaque échéance d'un délai de détention. Pendant ce délai de 90 jours, le juge des libertés et de la détention peut également de sa propre initiative ou si l'intéressé le saisit, décidé à tout moment de la remise en liberté de l'étranger : soit il décide de la remise en liberté pure et simple (sauf-conduit : autorisation provisoire de séjourner sur un territoire) ou il décide de l'assignation à résidence :

- Il apprécie les **conditions de détention**
- Il vérifie **pourquoi il y a eu un délai supplémentaire**.
- Il vérifie si les **conditions de l'interpellation sont régulières**.
- Il apprécie **l'état psychique de la personne**.
- Il vérifie si la détention de rétention prise par le préfet est légale donc **il apprécie la légalité de la décision administrative => loi du 7 mars 2016**.

Avant, la compétence du juge des libertés et de la détention était très fragmentée, il ne pouvait se prononcer que sur la nécessité de la poursuite de la rétention. Autrement dit, il n'intervenait qu'en tant que juge protecteur des libertés (**article 66 de la Constitution**). Sa seule mission consistait à apprécier si la détention nécessaire et si le maintien était justifié, il n'appréciait pas la légalité de la décision de rétention administrative car cela relevait de la compétence exclusive du juge administratif.

- La **loi de 2016 centralise les compétences** : c'est désormais lui qui apprécie tant la légalité de la décision administrative de détention que la nécessité du maintien en détention.
- La **loi du 26 novembre 2003** avait prévu que le juge des libertés et de la détention pouvait intervenir non seulement au Tribunal de Grande Instance mais également dans une salle spécialement aménagée à proximité immédiate des lieux de rétention, et pour que cette audience ait lieu entre l'étranger et le juge des libertés et de la détention, il fallait organiser le transport de l'étranger —> pratique condamnée par la **1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation le 16 avril 2008** : le juge a besoin d'une **audience publique** car la publicité ne peut pas être assurée dans un centre de rétention fermée. Le législateur a entendu casser cette jurisprudence mais il a été censuré par le **Conseil Constitutionnel le 10 mars 2011** : les audiences publiques sont dans un lieu public et pas dans un lieu privatif de liberté, donc création de salles d'audience (**article R.563-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile**) —> important au nom de la théorie des apparences : un endroit de justice ne dispose pas d'entrée autonome sinon le justiciable peut légitimement en déduire que la justice n'est pas autonome => **arrêt du Conseil d'État du 18 novembre 2011, « Association des avocats pour la défense du droit des étrangers »**.



Les Fiches de la Corpo



SMEREP
Sécu étudiante & Mutuelle

Sécurité et libertés personnelles

La liberté du mariage découle de **l'article 2 de la DDHC** (décision du Conseil Constitutionnel du 20 novembre 2003) ; la liberté d'aller et venir, l'inviolabilité du domicile, le respect des correspondances et le respect de la vie privée sont protégés par les **articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789** (décision du Conseil Constitutionnel du 2 mars 2004). Le Conseil Constitutionnel a ressenti le besoin presque doctrinal de leur trouver une qualification commune : regrouper sous la notion de **libertés personnelles** => **décision du Conseil Constitutionnel du 20 novembre 2003**.

• **Sécurité et liberté d'aller et venir**

Concerne l'entrée sur le territoire mais elle n'est **reconnue qu'aux français**, ainsi qu'aux ressortissants de l'UE donc les ressortissants des pays tiers ne disposent pas de cette liberté.

La liberté d'aller et venir concerne aussi la **libre de circulation à l'intérieur du territoire lui-même**. Ici, aucune distinction n'est possible entre les personnes selon leurs nationalités. Il s'agit d'un **principe constitutionnel**, énoncé dans la ConventionEDH à **l'article 2 protocole 4**. Même si la liberté d'aller et venir ne relève plus de la liberté individuelle et qu'elle ne nécessite donc pas l'intervention du juge judiciaire, il arrive que dans un cadre judiciaire, soit porté atteinte à la liberté d'aller et venir. Exemples :

- **Assignation judiciaire à résidence** dans le cadre d'une instruction : la liberté d'aller et venir peut-être limitée par l'administration et par des mesures de police administrative. Dans ce dernier cas, l'intervention du juge judiciaire n'est absolument pas requise.
- **Les arrêtés couvre-feu** : pris au titre des pouvoirs de police administrative générale et par lesquels l'autorité administrative peut interdire la circulation des mineurs la nuit.
- A ces mesures pénales, des **mesures de police spéciale ont été créés et confiés au préfet** : possibilité d'interdire pendant un an la fréquentation des stades à des personnes du fait de leur comportement de nature à troubler l'ordre public —> interdiction administrative indépendante des procédures judiciaires.
- **Proposition de loi déposée en juin 2018 au Sénat** pour la suite des manifestations du premier mai 2018 concernant les « Black block », des commandos violents contre lesquels il est très difficiles d'agir. Avec les gilets jaunes, la proposition est ressortie : processus enclenché et adopté par le Sénat et par l'Assemblée Nationale en février 2019. Le principe est de **mettre en place une interdiction administrative de manifester**. Au début, il s'agissait d'une mesure pénale datant de la **loi de juillet 1995** permettant au juge de prononcer comme peine complémentaire une interdiction de manifester à l'encontre des personnes ayant commis des violences pendant une manifestation => mesure de répression pénale. Le **21 janvier 1995**, une loi concernant les personnes condamnées pour des faits de violence pendant les manifestations (mesure de sanction pénale) a été adoptée permettant au juge d'assortir une peine complémentaire telle que l'interdiction de manifester. Le Parlement adopte un dispositif le **12 mars 2019** permettant au préfet d'interdire à des personnes présentant une menace pour l'ordre public de manifester. Cette loi est soumise au Conseil constitutionnel par le président de la République. L'objectif est de faire en sorte que ne participent pas aux manifestations des personnes dangereuses :
 - Possibilité d'interdire pendant un mois (mesure préventive) à telle personne de manifester à toute manifestation.
 - Dispositif par juge pénal.
 - La même mesure est confiée à l'autorité administrative pour un but différent : il ne s'agit pas de réprimer mais de protéger l'ordre public.
- Plus-tard est adoptée une **interdiction administrative de stade (en 2006)** : ici, il s'agissait de prévenir une atteinte à l'ordre public et non pas de sanctionner les personnes => mesure de police administrative. Cette interdiction avait pour objet de faire en sorte que les forces de police soient moins mobilisées car les personnes dangereuses étaient mobilisées. **L'objectif était donc de protéger et prévenir les troubles à l'ordre public**. Ces mesures sont très proches, tout comme leurs effets pour les individus. D'autant plus que les personnes qui ont déjà fait l'objet de condamnation dans les stades, peuvent en plus faire l'objet d'une interdiction administrative de stade. Toutefois, les régimes sont différents : interdiction judiciaire de stade : sanction pénale pouvant être contestée par recours.



Les Fiches de la Corpo



SMEREP
Sécu étudiante & Mutuelle

Interdiction administrative de stade : peut être contestée devant le juge administratif par la voie d'un recours par excès de pouvoir, en annulation.

Dans les deux cas précédents : les personnes interdites, présentant un risque de trouble à l'ordre public sont les **personnes déjà condamnées pour des violences commises pendant des manifestations** : la sanction pénale peut s'accompagner ensuite d'une mesure administrative visant à protéger l'ordre public (il n'y a pas de double peine) : il s'agit d'une mesure pénale de sanction puis d'une mesure pénale ne visant pas à sanctionner **OU des personnes repérées qui n'ont pas été condamnées mais dont on sait qu'elles présentent un risque**. Ces personnes peuvent ne jamais avoir été condamnées mais avoir été repérées par les services de renseignement.

L'intérêt de l'interdiction de stade et de manifester est de **pallier à l'absence de sanction judiciaire**. Ces personnes sont très difficiles à poursuivre, à identifier. L'intérêt que poursuit donc le législateur est de trouver ces failles de poursuite pénale pour que la police administrative puisse faire le travail derrière. Mais si elle ne parvient pas à apporter des preuves envers ces personnes, c'est qu'un doute existe. Or, l'objectif de la police administrative est d'intervenir lorsqu'il existe un doute.

Pour que le recours devant le juge administratif des référés soit effectif, **l'interdiction doit être prononcée 48h avant la manifestation**. Le juge administratif demandera à l'administration, pourquoi telle personne est dangereuse, où sont les doutes. L'administration sort ses **notes blanches** qui seront soumises au débat contradictoire. Les notes blanches peuvent provenir d'une dénonciation d'un voisin. Cette information ne sera pas transmise à l'intéressé, les services de renseignement vont cacher leurs sources. **L'administration doit convaincre le juge avec des éléments soumis au contradictoire, mais elle va enlever tout ce qu'elle veut maintenir secret.**

Les contrôles d'identité et les titres de séjour

Les contrôles et vérifications

Les contrôles

Le contrôle d'identité ou de titre de séjour commence par une **interpellation** par les agents de police. Lorsqu'il s'agit d'un contrôle d'identité, la personne interpellée doit prouver son identité : elle n'est pas tenue d'avoir sur elle une pièce d'identité mais elle est tenue si elle est étrangère d'avoir un titre de séjour. Ce contrôle peut se poursuivre par une **palpation (article R.234-16 du Code de la sécurité intérieure)**. Ce contrôle d'identité permet de **vérifier sur le fichier des personnes recherchées**, si la personne n'est pas concernée. De plus, il est possible d'accompagner ce contrôle d'**inspections visuelles des sacs ou des véhicules**.

Un contrôle d'identité ou de séjour est une mesure seulement restrictive de la liberté d'aller et venir : **décision QPC du Conseil Constitutionnel du 24 janvier 2017**.

Les vérifications

Si la personne n'est pas en mesure d'attester de son identité, la police peut l'amener au poste : **mesure plus contraignante, pendant 4 heures maximum** servant à vérifier, auprès des fichiers, l'identité. Ces vérifications peuvent donner lieu sur autorisation du procureur à un **relevé d'empreintes et à des photographies** :

- La **décision du Conseil Constitutionnel du 5 août 1993** avait considérée qu'il s'agissait d'une mesure privative de liberté, et que c'était pour cela que la présence de l'autorité judiciaire était requise (encore dans la période où la liberté individuelle était comprise dans une période extensive).
- La **loi du 3 juin 2016** a mis en place une procédure de vérification de situation. Elle intervient après un contrôle d'identité ou de titre de séjour : lorsque ce contrôle révèle qu'il **existe des raisons sérieuses de penser que le comportement de la personne vérifiée ou contrôlée peut être lié à des activités à caractère terroriste**. La personne en question peut alors être retenue sur place pendant 4 heures. C'est une mesure pour laquelle le législateur a fait intervenir le juge judiciaire puisque le procureur est immédiatement informé. Pour vérifier son identité, il faut consulter les fichiers des services des



Les Fiches de la Corpo



renseignements, vérifier si la personne n'est pas fiché S, ou si elle ne se trouve pas dans le fichier des personnes recherchées présentant un risque pour la sécurité.

Les différents contrôles

Les contrôles administratifs

Ces contrôles sont intervenus par la **loi du 2 février 1981** : création d'un contrôle administratif **préventif**, visant à **prévenir les atteintes à l'ordre public** car avant seuls les contrôles judiciaires existaient. Dans la pratique, la police administrative vient en renfort de la police judiciaire : si à l'occasion d'un contrôle administratif se produit une palpation et que le policier tombe sur de la possession de cannabis, la poursuite se judiciaire par l'élaboration d'un procès-verbal du fait d'une infraction donnant lieu à des poursuites pénales. **D'un point de vue opérationnel, il y a donc une grande continuité entre la police administrative et la poursuite judiciaire.**

Il est **interdit de mener des contrôles généralisés en matière administrative** car il y a toujours plus ou moins un risque d'atteinte à l'ordre public :

- **Arrêt de la Cour de cassation du 10 novembre 1992, « Bassinka »** : ce n'est pas parce que les contrôles sont motivés par la prévention de l'ordre public que tout est autorisé. Il faut que le comportement de la personne justifie ce contrôle.
- **Loi du 18 août 1993** : ces contrôles administratifs sont possibles quel que soit le comportement de la personne. L'objectif du législateur est de permettre de faire des contrôles à grande échelle dans un lieu et à un moment donné pour protéger l'ordre public général.
- **Décision du Conseil Constitutionnel du 5 août 1993** : vient limiter les dispositions législatives en apportant une réserve d'interprétation : les contrôles peuvent être effectués quel que soit le comportement de la personne même sans trouble à l'ordre public. En revanche, ce motif est très général, trop large, il faut que l'autorité de police puisse justifier d'une circonstance particulière (par exemple, la venue d'un chef d'État).

Ces contrôles administratifs d'identité peuvent toujours être accompagnés de palpation mais ils **ne peuvent pas être accompagnés de fouilles et d'inspections visuelles des sacs**.

En revanche, lorsqu'il n'existe pas un simple risque d'atteinte à l'ordre public mais un risque d'une particulière gravité, il est possible de mener des contrôles d'identité avec fouilles de sacs et visites de véhicules => intrusion plus importante (**article 78-2-4 du Code de procédure pénale**). Cependant, ces visites de véhicules ne peuvent être faites qu'avec le consentement de la personne : si la personne résiste, la police ne peut intervenir qu'après avoir obtenu une autorisation du Procureur.

Les contrôles judiciaires

Les contrôles judiciaires concernent la **répression et la prévention des infractions (articles 78-1 et suivants du Code de procédure pénale)**. En cas de recours, ils sont tous soumis au contrôle du juge judiciaire.

Il en existe deux types principaux :

- (1) **Les contrôles d'initiative** : **article 78-2 alinéas 1 à 6 du Code de procédure pénale**. Ce contrôle est effectué à l'initiative de l'agent d'officier de police judiciaire, lorsqu'une personne semble sur le point de commettre ou a commis une infraction. Ces contrôles désignent des personnes déterminées et peuvent être accompagnés de palpations.
- (2) **Les contrôles sur réquisition du procureur** : **article 78-2 alinéa 7 du Code de procédure pénale**. Contrairement aux contrôles d'initiative, ils sont décidés en amont par le procureur qui va autoriser dans une période déterminée un contrôle systématique de toutes les personnes : « opérations coup de poing ». **L'objectif de ces contrôles est de lutter contre des infractions dont le procureur sait qu'elles se produisent de façon récurrente à tel endroit.** Si à l'occasion de ces contrôles d'identité, les agents de police découvrent une infraction qui n'est pas celle qui était visée ou qui avait justifié ce contrôle systématique, les saisies incidentes sont autorisées et ainsi des poursuites pénales peuvent être engagées.



Les Fiches de la Corpo



SMEREP
Sécu étudiante & Mutuelle

Ces contrôles d'identité ne visent pas véritablement à prévenir un risque de trouble à l'ordre public en tant que tel, ils visent surtout à réprimer et poursuivre des infractions (distinction avec les contrôles administratifs) et sont décidés quel que soit le comportement de la personne. Ils sont **beaucoup plus généralisés** que ne le sont les contrôles administratifs devant être justifiés par des circonstances particulières.

Mais une **décision du Conseil Constitutionnel du 24 janvier 2017, QPC** a posé des limites : de même que le motif de risque d'atteinte à l'ordre public était trop général, l'objectif de poursuivre et réprimer des infractions est trop général, il doit **être compris comme étant permis seulement si des circonstances particulières le justifient**.

Il a été institué après les attentats, un nouveau type de contrôle permettant au procureur d'ordonner pendant 24 heures dans un espace déterminé, non seulement des **contrôles d'identité mais aussi des fouilles de sacs et des visites de véhicules qui ne sont pas possibles avec les contrôles sur réquisition**. De plus, puisqu'il s'agit d'un contrôle judiciaire, les fouilles de sacs et les visites peuvent être imposées malgré le refus de la personne concernée. Ces contrôles institués par la **loi du 15 novembre 2001** sont prévus à **l'article 78-2-2 du Code de procédure pénale**.

Les contrôles et vérification des titres de séjour

Les contrôles de titres de séjour sont prévus dans le Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile aux **articles L.611-1 et suivants**.

Ces contrôles **peuvent déboucher sur une procédure de vérification** c'est à dire que l'autorité a la possibilité de conduire la personne au poste pour vérifier les titres de séjours si elle ne peut pas les présenter. La police peut garder l'étranger pendant **24 heures** selon la **loi sur l'asile et l'immigration du 10 septembre 2018**. Avant cette loi, la durée maximale était de 16 heures. Pendant ce délai de vérification, si l'administration s'aperçoit que l'étranger est en situation irrégulière, elle peut décider de l'éloignement et adopter une Obligation de Quitter le Territoire Français (OQTF) :

- **Soit OQTF volontaire** : la personne a 30 jours pour quitter le territoire français volontairement après être parti du poste.
- **Soit OQTF forcée** : l'administration dispose alors de 48 heures pour reconduire l'étranger à la frontière. Pendant ces 48 heures, l'administration place l'étranger en centre de rétention administrative. Mais si elle ne peut pas organiser la reconduite, le juge de la liberté et de la détention est saisi et va décider s'il faut maintenir ou non la rétention —> Garanties : le procureur est immédiatement informé (pas le cas lors de contrôle d'identité), maintien du droit d'être assisté par un avocat, droit à un interprète et droit à une assistance médicale.

Procédure posée par la **loi du 31 décembre 2012**. Avant, il existait une autre procédure bien plus violente : **la garde à vue**. Le séjour irrégulier étant une infraction, la personne était condamnée pénalement. Le législateur ne peut pas mettre en prison des étrangers en situation irrégulière mais pour avoir le temps de procéder aux vérifications, il les place dans des centres de rétention administrative. Cette procédure a cependant été **condamnée par la Cour Européenne** dans **deux décisions du 28 avril 2011 et du 6 décembre 2011** menant à la directive de 2008 fixant les conditions dans lesquelles les étrangers en situation irrégulière doivent être reconduits. À la suite de cette condamnation, la Cour de cassation saisie d'une affaire de garde à vue d'un étranger en situation irrégulière, a jugé que la législation nationale était contraire à la directive retour et qu'il n'était plus possible d'incriminer le séjour irrégulier, et ainsi d'ordonner la garde à vue des étrangers dont on pense qu'ils sont en situation irrégulière pour vérifier leur titre de séjour. Le législateur a donc **dépénalisé le séjour irrégulier** : objet de la **loi du 31 décembre 2012**. En revanche, ce qui reste pénaliser ce sont les étrangers qui rentrent illégalement sur le territoire : les poursuites peuvent être exercées selon **l'article L. 631-2 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile**. **L'entrée irrégulière sur le territoire n'est censurée qu'en cas de flagrance**.

L'aide à l'entrée irrégulière sur le territoire, au séjour irrégulier, à la circulation d'étrangers sur le territoire en situation irrégulière sont des **délits de solidarité**. Ils sont prévus dans le Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile aux **articles L.622-1 et suivants**.



Les Fiches de la Corpo



SMEREP
Sécu étudiante & Mutuelle

2015, confirmé par un **arrêt de la Cour de cassation du 9 novembre 2016** explique qu'une faute lourde dans ces situations est toujours constituée.

Concrètement comment prouver que c'est un contrôle au faciès ?

- Il faut distinguer lorsque l'interpellation a des suites : vérification d'identité ou du titre de séjour, ou encore interpellation, procès-verbal d'infraction. L'autorité de police doit dresser un procès-verbal donc il y a une trace du contrôle d'identité. Or il est rare que l'autorité de police le dise ou que la motivation soit tellement mauvaise qu'elle transpire le contrôle au faciès.
- Mais quand la motivation est mensongère ou qu'il n'y a aucune trace de rien car l'interpellation n'a donné lieu à aucune poursuite, alors on peut comprendre que la personne ait trouvé insupportable d'être systématiquement contrôlé du fait de sa couleur de peau.

La Cour d'appel de Paris dans un arrêt de 2015 (validé par la Cour de cassation dans un arrêt du 9 novembre 2007) a trouvé un palliatif : les personnes s'estimant victimes sont toujours perdantes, car elles se trouvent dans l'impossibilité de pouvoir prouver la discrimination : façon de les priver de tout recours => ce qui est contraire à la Convention EDH qui impose le droit à un recours effectif destiné à protéger les droits garantis par la Convention comme le principe de non-discrimination. Pour remédier à ces situations qui priveraient les personnes intéressées de tout recours, la Cour d'appel de Paris a décidé **d'inverser la charge de la preuve** : le juge pose que c'est à l'administration de prouver que le contrôle n'est pas discriminatoire, qu'il n'est pas fondé sur des considérations propres à la personne.

Le législateur le **27 janvier 2007 a mis en œuvre un dispositif qui va s'étendre** : le port par les officiers de police de **caméras** : le juge dispose ainsi d'éléments plus précis pour savoir si le contrôle a été effectué ou non pour des considérations liées à la personne.

Les interdictions de sorties du territoire et les contrôles des retours du territoire

Mesure administrative d'interdiction de sortie du territoire

La **loi du 13 novembre 2014** vise à **empêcher les personnes voulant se rendre en Syrie** (loi adoptée avant les attentats de Charlie) —> fait suite à l'attentat du 24 mai 2014 à Bruxelles.

Autre dispositif du 13 novembre 2014 : **ne compte plus sur l'opposition des parents** du fait de l'autorité parentale permettant une interdiction de sortie du territoire pour les enfants souhaitant rejoindre des opérations terroristes. **Maintenant c'est l'administration qui prend l'initiative d'interdire** toute sortie de territoire. La loi permet au ministère public de prononcer des interdictions de sortie du territoire (mesure de police administrative servant à prévenir les atteintes à l'ordre public) : « lorsqu'il existe des raisons sérieuses » de penser que telle personne se rend à l'étranger pour aller sur le théâtre d'actes terroristes. Cette disposition ne concerne que les personnes de nationalité française, les étrangers sont expulsés.

Le ministre est informé par les services de renseignement qui fournissent des indications sur telle ou telle personne et c'est sur la base de ces indications que le ministre prend sa décision.

La décision est immédiatement exécutoire, elle prend tout de suite effet et l'intéressé dispose de 8 jours pour présenter ses observations donc la **procédure contradictoire intervient ex post** (après) —> (Possibilité de saisir le juge administratif sur le terrain du référé-liberté : intervient dans les 48 heures car porte atteinte à des libertés fondamentales. Si la décision est manifestement illégale elle est suspendue).

Cette **décision peut prendre effet pendant 6 mois, renouvelable** tous les 6 mois pendant 2 ans => mesure contraignante. Ce dispositif législatif a fait l'objet d'une **QPC rendue par Conseil Constitutionnel le 14 octobre 2015** dans laquelle Patrick Spinosi (avocat) demandait l'abrogation de ce dispositif législatif :

- Cette mesure d'interdiction administrative du territoire n'était pas nécessaire car il existe déjà dans le droit positif des mesures judiciaires d'interdiction du territoire : le juge a la possibilité de prononcer une interdiction judiciaire du territoire.
- Le législateur double un dispositif judiciaire qui est celui de l'interdiction judiciaire de sortir du territoire, d'un dispositif administratif pour interdire une sortie du territoire pour une personne dont le doute est moindre que celui qui serait nécessaire pour le mettre en examen dans un cadre judiciaire (le doute sera en revanche suffisant pour prononcer à son encontre une interdiction administrative de sortie du territoire) => exemple de complémentarité des mesures.



Les Fiches de la Corpo

Réponse du Conseil Constitutionnel : **aucune inconstitutionnalité ne pouvait être reprochée à la loi.**

Les contrôles administratifs des retours

Introduits par la **loi du 3 juin 2016 (article L.224-1 du Code de la sécurité intérieure)** : personnes revenant en France et pour qui il existe des « **raisons sérieuses de penser** » qu'elles se sont formées à l'étranger à des actes terroristes. À leur retour, ces personnes sont **assignées à résidence** : le ministre délimite un périmètre géographique au-delà duquel il n'est pas possible pour la personne d'aller et il existe une possible astreinte à domicile qui ne peut pas durer plus de 8 heures par jour. Cette mesure peut être accompagnée d'une obligation de représentation (pointage) et d'une interdiction de rentrer en contact avec d'autres personnes. Cette mesure d'assignation dure **1 mois, renouvelable 3 mois maximum**.

- L'interdiction de sortie : permet d'éviter que des personnes deviennent terroristes.
- Retour : permet d'éviter que des personnes commettent des actes terroristes, placer ces personnes sous cloche permet de les neutraliser et d'enquêter sur elles. À l'issue de ces investigations, une procédure pénale judiciaire va s'enclencher car les éléments recueillis par la police sont susceptibles d'être transcrits au procureur (**article 40 du Code de procédure pénale**).

• Sécurité et respect de la vie privée : les techniques de renseignements

La vie privée (auto-détermination) correspond à la liberté dans les choix concernant la vie intime de la personne. Tout ce qui doit être préservé d'un tiers : espace privé donc le domicile, les correspondances...

Droit au respect de la vie privée énoncé à **l'article 8 de la CEDH** : ce droit a longtemps fait partie de la liberté individuelle au sens de **l'article 66 de la Constitution**. Lorsque ses atteintes proviennent de l'administration, elles n'appellent plus à l'intervention du juge judiciaire, mais à celle du juge administratif.

Historique

Pendant longtemps, des **techniques de surveillance** (exemple : mise sur écoute) n'étaient prévues par le droit que dans le cadre des enquêtes judiciaires. En revanche, aucun texte ne prévoyait que ces techniques de renseignement puissent être mises en œuvre par l'administration.

De façon régulière, des **scandales** ont éclaté sur ces techniques de renseignement (exemple : utilisation partisane des écoutes). Il suffit d'avoir un gouvernement qui agit mal pour que ces techniques de renseignement intrusives soient détournées de leur but.

Finalement, le législateur par la **loi du 10 juillet 1991**, pose un cadre législatif à ces techniques de renseignement. Tout d'abord, il règle les questions de procédures : **les techniques de renseignement de type « écoute téléphonique », ne peuvent être utilisées que par le Premier Ministre** car c'est lui qui, en vertu de la Constitution, conduit la politique de la Nation et est responsable de la défense nationale. Les raisons pour lesquelles une écoute peut être autorisée sont définies par la loi du fait d'un potentiel risque d'atteinte à la sûreté de l'État.

La **loi de 1991** crée donc une autorité administrative indépendante : la **Commission Nationale de Contrôle des Interceptions de Sécurité (CNCIS)** : sous la tutelle de personne mais qui contrôle la mise en œuvre par le Premier Ministre des techniques de renseignement.

Lorsqu'elle estimait que la technique de renseignement mise en œuvre était irrégulière, du fait de motifs irréguliers par exemple, la **commission pouvait émettre des recommandations**. Il était possible également aux personnes sur écoute, de saisir la commission pour se plaindre de faire l'objet d'une surveillance irrégulière. La commission saisie par les tiers, pouvait alors mener une enquête et devait répondre à la personne qui l'avait sollicité. Mais il y avait le problème du secret : la commission devait **conserver ce secret**. La seule information qu'elle pouvait diffuser était de dire « les vérifications ont été faites ». Ce mécanisme s'est progressivement révélé insuffisant, surtout pour des données techniques, donc :

- La **loi du 21 juin 2004 « Loi pour la confiance dans l'économie numérique »** a permis aux agents des services de renseignement de demander aux fournisseurs d'accès internet de leur remettre des données de connexion et des infos numériques —> pas les conversations ni les messages mais le nom des personnes ayant eu une correspondance => **permet de repérer l'adresse IP, de retrouver le lieu, le moment de la conversation, pendant combien de temps, avec qui.**



Les Fiches de la Corpo



SMEREP
Sécu étudiante & Mutuelle

- **Loi du 23 janvier 2006** : la CNCIS s'étend à la technique de surveillance consistant à **recupérer des données de connexion**.
- Cependant ce n'était pas suffisant : avec les attentats de Charlie Hebdo en 2015, le législateur a pris conscience que pour faire face à la menace terroriste, il fallait s'équiper de services de renseignement très performants qui d'un point de vue juridique agissent en toute sécurité. La **loi du 24 juillet 2015 abroge donc la loi de 1991**. Cette nouvelle loi a 3 apports :
 - Elle liste de façon plus large toutes les techniques de renseignement à disposition des services de renseignement.
 - Elle prévoit des mécanismes de contrôle plus efficaces pouvant être exercés par une autorité administrative indépendante.
 - Elle prévoit un dispositif de contrôle juridictionnel.

Les différentes techniques de renseignement

- **Écoutes téléphoniques**
- **Accès aux données de connexion**
- **Décryptage** : mécanisme permettant de voir tout ce qui s'affiche sur l'écran d'un ordinateur et qui peut crypter les messages envoyés et enregistrer ce que l'on tape sur le clavier.
- **Possibilité de placer des boîtes noires** : le fournisseur d'accès internet doit les placer.
- **Placer des systèmes de captation d'images ou captation sonore dans les lieux privés** : c'est prévu par la loi que des agents peuvent rentrer dans les domiciles.

Les garanties non juridictionnelles

La **loi de 1991** liste les **motifs aux vues desquels les techniques de renseignement peuvent être mises en œuvre** —> **article L.211-4 du Code de la sécurité intérieure** : motifs très larges comme la prévention de l'ordre public, les terroristes, les armes. Ces techniques doivent être autorisées par le Premier Ministre sur demande des ministères dont dépendent les régimes de renseignement.

Il existe une autorité administrative indépendante : la **commission nationale de contrôle des techniques de renseignement** (CNCTR) placée hors hiérarchie et composée de 9 membres : députés, sénateurs, membres du Conseil d'État, de la Cour de cassation et d'une personnalité extérieure. La commission doit donner **un avis** avant que le Premier Ministre n'autorise, mais il n'est pas tenu par cet avis.

La commission donne un avis sur tous les aspects de l'autorisation du Premier Ministre :

- Est-ce que la personne faisant objet de ces mesures de surveillance **fait l'objet d'une menace** ? Les membres de cette commission sont tous habilités au secret défense donc ils ont la possibilité de voir les services de renseignement et de se faire communiquer toutes les informations nécessaires pour qu'ils se forment une opinion.
- **But** prévu par la loi ?
- Mesures de surveillance **proportionnées** ?
- **Contrôle** des renseignements => après l'autorisation.

Si la commission considère que le Premier Ministre doit refuser l'autorisation sollicitée et qu'il **ne le fait pas, elle a la possibilité de saisir le Conseil d'État**. En effet, la **loi de 2015** instaure une formation spécifique devant le Conseil d'État servant à régler ces questions.

Le contrôle juridictionnel

Cette formation spécialisée est saisie par la CNCTR dans deux hypothèses :

- (1) Si des membres de la commission estiment qu'une telle **autorisation** livrée par le Premier Ministre est **irrégulière** : il faut au minimum 3 membres de cette commission, mais pas le président (sinon direction autoritaire de la commission). Ainsi, l'autorisation du Premier Ministre peut être légale mais il peut y avoir des irrégularités dans la mise en œuvre des mesures de surveillance.
- (2) Si une **personne intéressée saisit la commission, il est possible après de saisir le Conseil d'État**.

S'il n'existe aucun secret inopposable, il est possible de saisir le juge afin qu'il mette en place une procédure contradictoire. La réponse de l'administration est transmise à l'intéressé mais les règles de procédure ne



Les Fiches de la Corpo



peuvent pas être appliquées ici car l'État ne peut pas donner ses sources et informations secrètes. Le juge sait tout mais ne dit rien : **il interroge l'administration qui doit lui livrer toutes les informations utiles** —> **le juge forge donc sa conviction de façon non contradictoire**. Il décidera s'il y a eu ou non des mesures de surveillance, et si oui si ces mesures sont fondées, valables et proportionnées.

Le juge peut se saisir d'office de tous les moyens : les membres du Conseil d'État vont prendre l'initiative de contrôler la mesure de surveillance sous tous ces aspects :

- S'il constate qu'aucune irrégularité n'a été commise, il se contente de dire qu'aucune irrégularité n'a été commise.
- Mais s'il constate une illégalité, le juge dit dans sa décision qu'une « illégalité a été commise », mais il n'a aucune **maîtrise sur les conséquences de ce constat**.

Il est possible de demander des dommages et intérêts du fait qu'une mesure de surveillance illégale a été mise en œuvre (ex : préjudice d'anxiété) mais cela n'a jamais été mis en œuvre.

Liberté et terrorisme

• La lutte contre le terrorisme dans le cadre de l'état d'urgence

Loi du 3 avril 1955 : régime législatif d'exception. Ce sont des règles s'appliquant dans des circonstances exceptionnelles : **Loi sur l'état d'urgence** adoptée en novembre 1964, à la suite des événements conduisant à l'indépendance d'Algérie. Il existe :

- Les **régimes jurisprudentiels d'exception** : **arrêt du Conseil d'État du 28 juin 1918, « Heyries »** : pendant la Première Guerre Mondiale, le Président de la République pouvait suspendre l'application d'une loi.
- Les **régimes constitutionnels d'exception** :
 - **Article 16 de la Constitution** : permet au **Président de la République** lorsque les institutions sont gravement menacées et que le fonctionnement des pouvoirs publics sont interrompus, de prendre toutes les mesures exigées par les circonstances : il peut par exemple adopter des actes entrant dans le domaine de la loi, il **accapare tous les pouvoirs**.
 - **Article 36 de la Constitution** sur l'état de siège : concentration des pouvoirs non pas par le Président de la République mais par l'armée : transfert des pouvoirs civils à l'armée lors d'un péril imminent résultant d'une puissance étrangère ou d'insurrection armée.

Présentation de la loi du 3 avril 1955

Cette loi peut être mise en œuvre en cas de :

- (1) **Péril imminent résultant d'une atteinte grave à l'ordre public**.
- (2) Événement présentant le caractère de **calamité publique** : tremblement de terre, tempête qui désorganise de façon très grave le pays et son fonctionnement.

En 1955, la décision d'état d'urgence est prise par le Parlement, mais avec la V^{ème} République, le Président de la République prend une place considérable menant à l'**ordonnance du 15 avril 1960** prévoyant que la **déclaration d'état d'urgence sera faite non plus par le Parlement mais par décret en conseil des ministres** : puisque le Président de la République signe les décrets délibérés en conseil des ministres, il est juridiquement l'auteur de ces actes. Cet état d'urgence s'applique au **bout de 12 jours**. Si au bout de 12 jours le gouvernement entend prolonger sa durée, il nécessite l'autorisation du Parlement. De plus, la loi fixe le périmètre d'application de l'État d'urgence, qui peut être variable. Le régime de l'État d'urgence **élargit les pouvoirs de l'administration** : le ministre de l'intérieur ou les préfets obtiennent des pouvoirs exceptionnels dont ils ne disposent pas en temps ordinaire.

Deux régimes juridiques de l'état d'urgence :

- Régime de base, par défaut : **Mesures qui sont générales**, notamment la possibilité d'instituer des couvre-feux ou d'interdire la circulation de tel endroit à telle période. Possibilité également d'établir des zones de sécurité : espaces géographiques à l'intérieur desquels la circulation est réglementée. À côté, il peut aussi y avoir des **mesures individuelles** comme des restrictions de séjour.



Les Fiches de la Corpo



SMEREP
Sécu étudiante & Mutuelle

- **Régime juridique aggravé** : pouvoirs supplémentaires que prévoit la loi pour le Président de la République qui quand il prend un décret, doit aller chercher ces pouvoirs (pouvoir de fermer provisoirement les lieux de réunion, les perquisitions administratives, l'assignation à résidence). Il existe aussi un autre type de décret prévoyant un régime de pouvoirs aggravés mais uniquement en Île de France : interdiction de réunion et perquisitions/assignations.

État d'urgence a été mis en œuvre :

- En **Algérie entre 1955 et 1962**
- En **Nouvelle-Calédonie en 1985** pour contenir le mouvement indépendantiste.
- En **novembre 2005** sur le territoire métropolitain à la suite d'émeutes dans les banlieues produites après la mort de 2 personnes —> **l'état d'urgence a cessé en janvier 2006**.
- **Du 14 novembre 2015** (nuit succédant l'attentat du Bataclan) au **1^{er} novembre 2017** => durée de 2 ans. En 2015, ça a été la première fois en France que le régime de l'état d'urgence a été appliqué de façon si longue dans un champ géographique aussi étendu puisqu'il a couvert tout le pays : il est déclaré le 14 novembre 2015 et est prolongé par la **loi du 20 novembre 2015**. La fin de l'état d'urgence le 1^{er} novembre 2017 a été déclaré lorsqu'est entrée en vigueur la **Loi renforçant la Sécurité Intérieure et Lutte contre le terrorisme** (LSILT) : cette loi ne correspond pas au régime de l'état d'urgence mais elle intègre dans le droit commun certaines mesures présentes dans la **loi de 1955**.

La loi de 1955 tel qu'elle a été modifiée entre le 14 novembre 2015 et le 1^{er} novembre 2017

La **loi du 20 novembre** prolonge l'État d'urgence mais elle vient en plus modifier certains aspects de la **loi de 1955**. Le texte a été déposé pour **avis auprès du Conseil d'État le 17 novembre 2015**. Le 18 novembre le projet passe en conseil des ministres. Le 19 novembre il est adopté par l'Assemblée Nationale, le 20 novembre, il est adopté par le Sénat et la loi est promulguée. Le Conseil Constitutionnel n'a pas été saisi car il était hors de question de perdre du temps (impossible politiquement). Toutes les mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence sont transmises à cette commission permanente des assemblées qui contrôlent la mise en œuvre de l'état d'urgence. Elle modifie le régime des assignations, mais aussi des perquisitions.

Les assignations à résidence

Les conditions de loi de 1955

Les assignations existaient déjà dans la **loi de 1955** mais le **dispositif original était squelettique** : assignation prononcée par le ministre de l'intérieur contre toute personne dont l'activité s'avère dangereuse pour la sécurité et l'ordre public. La loi établissait des différences entre l'assignation à résidence et la retenue (enfermement pur et simple).

Le 20 novembre 2015 : le législateur complète le dispositif. **Article 6 de la loi** :

- (1) L'autorité publique doit prévoir les **moins de subsistance** : **arrêt du Conseil d'État du 6 décembre 2016 en référé**.
- (2) L'assignation à résidence **ne doit pas conduire à créer des camps d'assignés à résidence**.
- (3) **L'astreinte à domicile est explicitement introduite** : le législateur précise que l'astreinte ne peut pas se dérouler pendant plus de 12 heures => **décision du Conseil Constitutionnel du 22 décembre 2015** : cela ne porte pas atteinte à la liberté individuelle.
- (4) **Pointages** : personne qui se rend dans un commissariat. Le ministre de l'intérieur peut ordonner jusqu'à 3 pointages par jour.
- (5) **Interdire à la personne assignée en résidence d'entrée en communication avec une autre personne**.

« **Toute personne à l'égard de laquelle il existe des raisons sérieuses de penser que son comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre public** » => permet d'assigner à résidence des personnes dont le doute est moindre. Ce standard permet d'assigner à résidence des personnes qui sans cela ne pourraient pas être assignées à résidence —> formule inaugurée avec la **loi du 20 novembre 2015**.

Exemple : Affaire d'un militant anticapitaliste qui projetait de se rendre à Paris pour la COP21 mais qui a été identifié par les services de police comme un casseur donc il a été assigné à résidence, malgré qu'il ne repré-



Les Fiches de la Corpo



SMEREP
Sécu étudiante & Mutuelle

sente aucune menace terroriste. Il exerce donc un recours en référé liberté. Le juge-référé liberté du tribunal administratif de Rennes statuant en premier ressort et maintient l'assignation à résidence. L'intéressé fait alors appel et soulève une QPC : la **loi de 1955** est interprétée comme autorisant les assignations de personnes qui n'ont rien à voir avec une quelconque menace terroriste, mais n'est-ce pas inconstitutionnel ? Le Conseil d'État transmet la QPC : **décision du Conseil Constitutionnel du 22 décembre 2015** : en dessous d'un délai de 12 heures, l'astreinte à domicile ne porte pas atteinte à la liberté individuelle.

La prolongation de l'État d'urgence

Initialement rien n'était prévu, l'état d'urgence était un régime juridique conçu pour être provisoire : **décision du Conseil Constitutionnel du 22 décembre 2015** : le Conseil Constitutionnel sent que l'état d'urgence va être long et précise **qu'en cas de prolongation de l'État d'urgence, il faudra renouveler les assignations à résidence** : les personnes assignées à résidence ne continuent pas automatiquement, par le seul effet de la prolongation de l'état d'urgence, à être assignées.

Avis du Conseil d'État de décembre 2016 : le Conseil d'État saisi d'un projet de loi qui prolonge l'état d'urgence en profite pour modifier la **loi du 3 avril 1955**.

- (1) Il précise que la succession des prolongations de l'état d'urgence **ne peut pas conduire à une assignation au-delà de 12 mois ininterrompue**.
- (2) Ce renouvellement des assignations ne peut dépasser cette durée de 12 mois **sauf** à une condition : lorsqu'existe sur la personne assignée des **éléments nouveaux ou complémentaires** : (Nouvel élément : pendant l'assignation à résidence, la personne rentre en contact avec une cellule terroriste, réactive la menace / Élément complémentaire : information dont l'administration ne disposait pas au début et qui vient d'apparaître, affirme le doute).

Loi du 19 décembre 2016 :

- Délai de droit commun : 12 mois au total (non consécutifs).
- Assouplissement compensé par **un durcissement des motifs pour lesquels il est possible d'excéder cette période** : s'il existe des raisons sérieuses de penser que le comportement de la personne assignée continue de constituer une menace pour l'ordre et la sécurité publiques → revient à assujettir le non renouvellement de l'assignation à la condition que ces personnes ne présentent plus une menace. Dans la pratique cela revient à continuer les assignations jusqu'à la fin de l'état d'urgence. Ainsi, les restrictions des libertés en dehors de la commission d'infraction ne sont plus possibles → cette condition génère en elle la pérennité de l'assignation à résidence.

Au-delà de cette période de 12 mois, si la personne continue de présenter une menace, le ministre de l'intérieur doit **saisir le juge des référés** au Conseil d'État, chargé d'autoriser la **prolongation pour 3 mois supplémentaire** de l'assignation à résidence → arrivée du juge administratif comme juge de l'autorisation ⇒ le législateur a voulu trouver du côté du juge administratif un pendant au juge des libertés et de la détention. Lorsque le législateur vote la **loi du 19 décembre 2016**, cela fait plus d'un an que l'état d'urgence est prolongé, donc beaucoup de personnes sont assignées à résidence. Le législateur prévoit donc un mécanisme dérogatoire concernant les personnes déjà assignées à résidence : autorisation ministérielle qui se dispense de cette procédure des référés devant le Conseil d'État. Le juge des référés du Conseil d'État transmet une QPC en soulevant l'inconstitutionnalité de cette procédure de continuation.

Décision du Conseil Constitutionnel du 16 mars 2017 :

L'argument du requérant est que passés 12 mois, la mesure d'assignation change de nature et devient une mesure privative de liberté donc tout le dispositif tombe : il faut l'intervention du juge judiciaire. Mais le Conseil Constitutionnel répond en argumentant que cette mesure est une mesure restrictive de la liberté d'aller et venir. En revanche, le Conseil Constitutionnel se saisit d'office d'une question concernant l'intervention du juge des référés du Conseil d'État : le problème est que le juge qui peut se prononcer sur la prolongation de l'assignation a été émergé dans la situation et a participé à la décision. Il serait possible que ce ne soit pas le même juge qui statue en tant que juge des référés et qui donne l'autorisation mais pour le Conseil Constitutionnel ce n'est pas suffisant du fait de la théorie des apparences (**article 16 de la DDHC**) qui impose une impartialité objective. **Le motif de la censure du Conseil Constitutionnel est donc que, du point**



Les Fiches de la Corpo



SMEREP
Sécu étudiante & Mutuelle

de vue du justiciable, il est impossible de lui faire croire que ce juge des référés qui a autorisé l'autorisation sera dédit par son collègue au référé au Conseil d'État => donc la prolongation au-delà de 12 mois est décidée par le ministre de l'intérieur seul.

(Différence avec le juge des libertés et de la détention : il n'intervient qu'en tant que juge de l'autorisation, il lui est impossible de se prononcer sur l'affaire dans laquelle il a été impliqué en tant que juge des libertés et de la détention —> ce qui manque pour le juge administratif).

Justification de la décision :

Réserve d'interprétation : Le Conseil Constitutionnel change et durcit les conditions permettant la prolongation du délai de 12 mois => renforce la loi/récrit. Le Conseil constitutionnel soutient l'exigence d'éléments nouveaux et complémentaires évoqué par le Conseil d'Etat qui a transformé la disposition : à la base, il s'agissait d'une mesure de sûreté permettant la pérennité des mesures d'assignations pendant l'état d'urgence mais maintenant elle fait plutôt tomber ces assignations au-delà de 12 mois.

Raisons pragmatiques : lorsque le Conseil Constitutionnel réécrit la loi par réserve d'interprétation, il n'y a **pas de période de vide législatif** car il n'exige pas au législateur qu'il repasse au Parlement => continuité de la norme.

Les perquisitions administratives

La perquisition est le fait pour une personne publique de **pénétrer dans un local privé**. C'est une mesure de police administrative qui, comme l'assignation, elle prévue dans le régime aggravé de l'État d'urgence c'est à dire **qu'il faut explicitement que le législateur ou le Président de la République décide de cette mesure**.

Pourquoi ne pas recourir à la perquisition judiciaire ?

L'objectif est le même que les perquisitions judiciaires : trouver des éléments d'infraction mais la différence est que l'administration peut le faire à un stade plus faible que le doute.

La perquisition administrative est **prévue par la loi de 1955** et lorsque l'état d'urgence a été prolongé le 20 novembre 2015, le législateur en a profité pour réécrire les dispositions relatives à la perquisition.

Absence du juge judiciaire

Les perquisitions en matière fiscale par le juge administratif existent depuis longtemps : perquisition de nuit sous contrainte et visites administratives le jour avec accord des intéressés.

Les **perquisitions de nuit ont toujours besoin de l'autorisation du juge judiciaire**. Cette exigence avait été consacrée dans une **décision du Conseil Constitutionnel du 29 décembre 1983**. Le doute sur la possibilité de se dispenser ou non de la présence du juge judiciaire vient de la **décision du Conseil Constitutionnel du 29 novembre 2013** : concernant les perquisitions des agents des douanes sur les navires. À la suite d'une QPC sur ce sujet, le Conseil Constitutionnel répond de façon ambiguë : « en raison de la mobilité des navires et des difficultés de procéder à un contrôle de navire en mer, **les opérations difficiles peuvent permettre de se dispenser totalement du juge judiciaire** ».

Décision du Conseil Constitutionnel de 2015 saisi sur la **loi du 25 juillet 2015** : concernant le fait que les agents du service de renseignement puissent installer des dispositions de renseignement chez les particuliers => atteinte au domicile donc on pouvait penser que seul le juge judiciaire pouvait autoriser ces atteintes mais le Conseil Constitutionnel ne dit rien ce qui **suggère que l'intervention sans le juge judiciaire été possible**.

Décision du Conseil Constitutionnel du 19 février 2016, QPC : une circulaire ministérielle précise la façon dont il faut comprendre les perquisitions de la **loi de 1955**. Une QPC est alors soulevée : les dispositions interprétées par la circulaire sont contraires à la Constitution car le juge judiciaire n'intervient pas. Dans cette loi, les dispositions sont malgré tout très maigres : il y a juste indiqué que l'autorité administrative peut ordonner des perquisitions au domicile de jour et de nuit. En effet le 20 novembre 2015, le législateur avait complété le dispositif : **article 11 de la loi de 1955** :

- Les **perquisitions sont décidées par les préfets ou le ministre de l'intérieur**, dès lors qu'un lieu est fréquenté par une personne dont il existe des raisons sérieuses de penser que son comportement présente une menace pour l'ordre et la sécurité publics.



Les Fiches de la Corpo



SMEREP
Sécu étudiante & Mutuelle

- Le **procureur est informé seulement**, il n'intervient pas du tout : la perquisition est conduite en présence de l'occupant des lieux, ou de deux témoins.
- Pendant la perquisition, les agents peuvent accéder aux données et les copier sur tout support.
- **Doit être présent un officier de police judiciaire** : il sert à dresser des procès-verbaux si l'on constate des informations. Même si la perquisition est administrative, on peut trouver des infractions. (Les perquisitions judiciaires sont ordonnées dans le cadre d'une procédure ou il y a besoin d'un doute plus élevé que dans les perquisitions administratives).

Il s'agit bien d'une perquisition purement administrative, décidée indépendamment de toute organisation judiciaire.

Réponse du Conseil Constitutionnel : pas de juge judiciaire puisqu'il s'agit d'une perquisition purement administrative. **En revanche, la perquisition de nuit doit être justifiée par l'urgence et par l'impossibilité de faire une perquisition le jour** —> Ce principe de la perquisition de jour est inscrit dans la **loi du 28 février 2017**.

Les saisies informatiques

Loi du 20 novembre 2015 : le moyen d'investigation d'une perquisition peut être la récupération de données informatiques —> le législateur a prévu en 2015 la possibilité d'accéder aux données et de les copier.

Il y a eu une QPC à l'occasion de ce recours : **décision du Conseil Constitutionnel du 19 février 2016** dans laquelle la ligue des droits de l'homme conteste cette saisie car une véritable saisie doit être faite par le juge judiciaire. Le Conseil Constitutionnel répond qu'il s'agit bien d'une saisie. Il n'y a **aucun obstacle à ce que cette saisie soit effectuée sans l'autorisation du juge judiciaire**. En revanche, le problème concerne les **garanties prévues** : en réalité il n'y en a pas. Cette saisie se fait sans aucune garantie car toutes les données peuvent être saisies sans aucune discrimination. Or, la perquisition est effectuée nécessairement chez une personne qui constitue une menace.

Un autre problème dû à l'absence de garantie est **qu'aucune précision n'est donnée quant à l'exploitation des données** (l'exploitation doit être autorisée par un juge) => le Conseil Constitutionnel ici censure le dispositif : **abrogation des dispositions à effet immédiat**.

Dans la **loi du 20 mai 2016**, le législateur **prolonge l'état d'urgence mais n'attribue plus les perquisitions au Premier Ministre et au préfet** : les perquisitions sont désormais prévues dans un régime accaparé qui est le régime d'urgence. De plus, les perquisitions sans saisies ne servent à rien.

L'**attentat de Nice du 14 juillet 2016** rappelle la présence de la menace terroriste donc le législateur a décidé de prolonger l'état d'urgence —> objet de la **loi du 21 juillet 2016 qui réactive les perquisitions de façon à ce qu'elles soient efficaces** : le législateur réécrit complètement le régime des saisies (**article 11 de la loi de 1955**) : le régime de perquisition reste le même mais concernant les données, pour les exploiter et traiter ce qui a été collecté, il est nécessaire d'obtenir une **autorisation du juge administratif** (juge des référés du tribunal administratif). Il faut que l'administration (Premier Ministre ou préfet) lui montre que lors de la perquisition, ils ont trouvé des éléments qui confirmaient la menace. Exemples :

- **Arrêt du Conseil d'État du 5 août 2016** : pendant une perquisition, la police découvre des vidéos salafistes et des contacts par le biais des réseaux sociaux avec des individus se trouvant dans une zone de combat syro-irakienne. Au cours de la perquisition, la personne perquisitionnée a reconnu qu'un de ses frères était mort en Irak en 2014 en commettant un attentat suicide. Le ministre a donc produit une note blanche justifiant l'exploitation des données => Cependant le juge n'a pas été convaincu.
- **Arrêt du Conseil d'État du 5 septembre 2016** : la seule circonstance invoquée par le ministre de l'intérieur que les fichiers numériques comportent des éléments de langue arabe ne suffit pas à dire qu'il existe une menace pour l'ordre public —> donc pas d'autorisation pour exploiter les données.

Si le juge du tribunal administratif refuse de donner une autorisation pour l'exploitation des données, l'administration (ministre de l'intérieur) peut faire un **recours contre le Conseil d'État**.

En revanche, si l'autorisation est accordée, il n'y a aucun recours individuel possible ciblant uniquement l'autorisation. Possibilités :

1^{er} cas : l'administration découvre des infractions : saisie du procureur, la suite de la procédure est pénale. Les poursuites peuvent être engagées même si les éléments trouvés sont sans lien avec la menace terroriste.



Les Fiches de la Corpo



SMEREP
Sécu étudiante & Mutuelle

Les données sont transmises au procureur puis l'exploitation des données est soumise au régime pénal —> échappe au régime administratif.

2^e cas : **l'administration ne découvre rien => destruction des données au bout de 3 mois** ne relevant d'aucune sorte de menace. C'est l'hypothèse dans laquelle il n'y a pas assez de matière pour saisir le procureur pour l'utilisation des données mais la personne rentre quand même dans les radars de la police administrative.

QPC contre **l'article 11 de la loi de 1955** tel que modifié par la **loi de 2016**, au motif que la conservation des données n'était pas encadrée. C'était l'occasion pour le Conseil Constitutionnel de se prononcer pour la première fois sur **l'article 11** tel que réécrit par la **loi du 21 juillet 2016** dans une **décision du 2 décembre 2016** :

- **Intervention du juge administratif en tant que juge de l'autorisation possible** : cela s'explique du fait qu'en matière de perquisitions, il n'y a pas de recours qui ferait intervenir le juge des référés car une perquisition ne dure pas assez longtemps pour permettre à la personne perquisitionnée de saisir utilement le juge administratif des référés. Les seuls recours possibles sont au fond (annulation, engagement de la responsabilité).
- En revanche, le Conseil **Constitutionnel censure le fait qu'aucune durée maximum de stockage des données n'avait été fixée s'agissant des données qui confirment la menace** => censure par le Conseil Constitutionnel au nom du droit au respect de la vie privée. Depuis cette censure du 2 décembre 2016, les données collectées doivent elles aussi être effacées au bout de trois mois mais tout cela est écrit quelque part dans une note blanche.

Question sur la durée de conservation des données (question centrale) :

Les services de renseignement peuvent demander aux fournisseurs d'accès internet de leur transmettre des données de connexion. Il faut que ces fournisseurs stockent les données, surtout un certain temps car l'autorité administrative ou judiciaire doivent pouvoir remonter dans le temps pour lire les données : les fournisseurs doivent donc **stocker toutes les données de façon indifférenciée** —> la loi impose le stockage de toutes les données de connexion **pendant un an**.

Cette idée de stockage généralisé des données sans distinction a été prévue par la **directive européenne du 15 mars 2006** permettant aux États membres d'imposer aux fournisseurs internet le stockage jusqu'à 2 ans dans un but d'intérêt pour l'ordre public —> la CJUE intervient après avoir été saisie sur renvoi préjudiciel de l'Irlande et de l'Autriche. La question était alors de savoir si la directive était conforme à la Charte des droits fondamentaux de l'UE et notamment aux **articles 7** (sur le respect de la vie privée) **et 8** (sur la protection des données personnelles). La réponse de la CJUE a été donnée dans une **décision du 8 avril 2014, « Digital Rights »** dans laquelle elle a établi que cette directive n'était pas conforme. On ne sait pas si la directive a été invalidée au motif du manque de garanties suffisantes (durée trop longue de stockage) ou sur le principe même d'un stockage de toutes les données. Précisions :

- **Décision de la CJUE du 21 décembre 2016, « Télé II »** : aucune conservation de toutes les données ne peut être imposée car **l'article 8** sur la protection des données personnelles l'interdit.
- **Arrêt du Conseil d'État du 26 juillet 2018** : recours contre des décrets qui mettaient en œuvre la législation française imposant aux fournisseurs d'accès internet la conservation des données pendant 1 an. Le Conseil d'État avait alors plusieurs possibilités : Soit il faisait le soldat docile : la législation française étant contraire aux droits de l'Union Européenne. Mais cette jurisprudence était tellement impopulaire que le Conseil d'État a choisi la voie médiane : il n'a pas dit que c'était conforme mais il a redemandé à la Cour => Dialogue des juges.

Le contrôle juridictionnel des assignations et des perquisitions

Possibilité que **l'article 15 de la CEDH** reconnaît aux États membres de **suspendre ou de s'autoriser à déroger à certains droits et libertés de la Convention en cas de danger public menaçant la vie de la nation**. Dans ces situations de crise (type état d'urgence), l'État concerné doit informer le secrétaire général du Conseil de l'Europe qu'il doit prendre telle ou telle mesure et donc qu'il s'autorise par avance à déroger au strict respect des droits et libertés de la Convention. Mais par exemple : le droit à la vie, l'interdiction de la torture ou de l'esclavage sont des droits indérogeables.



Les Fiches de la Corpo



SMEREP
Sécu étudiante & Mutuelle

L'article 15 de la CEDH n'interdit pas les recours individuels contre l'État devant la Cour. Mais c'est seulement à l'occasion de ces recours que, la Cour Européenne va apprécier si **l'exception prévue est tolérable et proportionnée** => cette dérogation doit rester dans des limites raisonnables que la Cour vérifie.

- **Exemple :** attentats du 11 septembre 2001, le gouvernement anglais a adopté une loi permettant la rétention administrative : mesure de sûreté sans procès, de personne de nationalité étrangère qu'on aimerait expulser car elle présente une grande menace pour la sécurité mais qu'on ne peut pas encore expulser car ces personnes risqueraient de subir la torture dans leur État. Le requérant invoque devant la Cour Européenne la violation de **l'article 15**. Le 19 février 2009, la Cour explique que **les circonstances particulières justifiaient cette dérogation** aux exigences de **l'article 15**. En revanche, cela ne devait concerner que les ressortissants étrangers. Cependant, le régime juridique n'est tolérable que s'il s'applique indifféremment aux étrangers et aux nationaux.

L'article 15 ne donne pas le droit de violer la CEDH mais seulement de ne pas la respecter scrupuleusement.

Le contrôle du juge administratif

Le contrôle exercé sur les assignations

De façon générale, **le contrôle juridictionnel** (notamment celui du juge administratif sur l'état d'urgence) **n'a cessé de s'accroître** au fil des ans, d'être plus effectif :

- **1955** : il n'y a pas contrôle de constitutionnalité ni de conventionnalité, pas de procédure de référé => **effectivité nulle des recours**.
- **2005** : amélioration : **pas encore de QPC** mais le **juge des référés intervient**. Les individus disposent donc d'une arme pour lutter contre le gouvernement pendant l'état d'urgence.

Arrêt du Conseil d'État du 9 décembre 2005 sur un recours en référé liberté après la prolongation de l'état d'urgence. Si les circonstances ne justifient plus le maintien de l'état d'urgence, il est possible pour le Président de la République de mettre fin par décret à l'état d'urgence. Le requérant explique d'abord que la loi est contraire à la Convention EDH car elle autorise des régimes exceptionnels mais uniquement lorsque les circonstances le justifient. Il demande donc un contrôle de la conventionnalité de la loi sur la prolongation de l'état d'urgence. Le gouvernement a activé **l'article 15** qui autorise des dérogations aux dispositions de la Convention EDH. Mais de toute façon, **le juge des référés ne contrôle pas la conventionnalité de la loi** : c'est un juge qui statue seul => **très lourde responsabilité pour un juge qui statue seul**.

La réponse du Conseil d'État est qu'on doit **encore maintenir l'état d'urgence**. Cependant, pour l'instant c'est encore accepté mais au bout d'un moment ça n'ira plus donc si le Conseil d'État est re-saisi de cette question, il pourra suspendre l'état d'urgence.

- **Janvier 2006** : **décret pour faire cesser l'état d'urgence** par le Président de la République.
- **2015** : artifice procédural de la QPC => amélioration considérable des procédures. **Décision du Conseil Constitutionnel du 22 décembre 2015, QPC « Cédric »** : 1^{ère} QPC constitutionnelle : la législation sur l'état d'urgence s'est construite autour d'une QPC car le Conseil Constitutionnel n'était pas saisi par les parlementaires dans le cadre du contrôle a priori. Grâce à la QPC, les questions de constitutionnalité ont pu être réglées au fur et à mesure. Cédric soulève cependant l'inconstitutionnalité de la loi et sa non-conformité avec les droits de l'homme. Malgré cet enclenchement de **l'article 15**, **le Conseil d'État accepte de contrôler la conventionnalité de la loi alors qu'il est saisi en tant que juge des référés**.

La voie de contrôle la plus efficace en matière d'assignation à résidence est le référé. Le juge du référé-liberté exerce sur les mesures d'assignation **un triple test de proportionnalité** : le juge administratif devra contrôler si les mesures des assignations sont **nécessaires, adaptées et proportionnées**.

Le référé liberté **intervient lorsque la mesure est manifestement illégale**.

Exemple : **arrêt du Conseil d'État du 6 février 2016** : une femme est assignée à résidence car elle présentait une menace. On lui impose 3 pointages quotidiens mais cette femme vit seule et a des enfants, donc ce n'est pas possible dans sa commune car il n'y a pas de gendarmerie et qu'elle n'a pas de voiture. Elle exerce un recours sous forme de référé liberté : elle ne remet pas en cause l'assignation mais malgré le fait que les pointages soient nécessaires pour s'assurer que la personne ne fuit pas, elle considère que ces 3 pointages



Les Fiches de la Corpo

sont manifestement disproportionnés donc le **Conseil d'État ordonne à l'administration de réaménager les pointages de cette personne.**

Le contrôle des perquisitions

Une perquisition ne durant que quelques heures, le juge arrive nécessairement trop tard, donc les **perquisitions administratives ne peuvent donner lieu qu'à un contrôle exercé par le juge du fond**, qui statue de façon collégiale et qui va examiner le fond.

2 recours sont possibles sur le fond :

- **Le recours pour excès de pouvoir** en annulation devant le juge administratif : la personne objet de la perquisition demande au juge l'annulation de la décision ordonnant sa perquisition **considérant que son comportement ne présentait pas une menace sérieuse** => intérêt relativement limité.
- **Le recours en responsabilité** : action indemnitaire (obtient plus de satisfaction) : **obtention de dommages et intérêts pour le préjudice moral ou matériel** qu'a causé la perquisition illégale.

Avis du Conseil d'État du 6 juillet 2016, « NAPOL » : le Conseil d'État est saisi par une juridiction du fond d'une **demande d'avis contentieuse** afin de donner le **mode d'emploi sur la question de l'indemnisation** => régime de la responsabilité applicable en matière de perquisition. Le Conseil d'État distingue deux cas :

- Le recours en responsabilité déposé par la personne qui présentait un risque ou une menace pour la sécurité et l'ordre public doit **prouver l'existence d'une faute** (faute simple suffit). **La faute peut résulter de l'ordre de perquisitionner** : la décision de perquisitionner était illégale car la personne ne présentait pas de menace => réparation en dommages et intérêts. Si l'ordre de perquisition est légal : **la faute peut avoir été commise dans la réalisation matérielle de la perquisition.**
- Situation à **distinguer des tiers** (personnes pas visées par la perquisition comme les personnes qui hébergent les propriétaires des lieux) : **Ces tiers peuvent obtenir réparation en dehors de toute faute, sur le terrain de l'égalité devant les charges publiques.**

Dans l'**avis Napol**, le Conseil d'État fait une méthode de la « bonne perquisition » (urbaine, faite par des agents de police) :

- Une perquisition de nuit doit être **justifiée par l'urgence.**
- **L'ouverture volontaire du lieu qui fait l'objet de la perquisition doit être recherchée** (frapper à la porte d'abord, pas immédiatement défoncer la porte).
- Ne faire usage de la force d'entrée que s'il n'y a pas d'autre possibilité d'entrer.
- Il est important de **veiller à la dignité des personnes** (ne peut pas insulter les personnes étant sur le lieu de la perquisition).
- Prêter **une attention particulière aux enfants** mineurs présents.
- L'usage de la force ou de la contrainte doit être strictement limité à ce qui est nécessaire.
- **Aucune dégradation ne doit être commise** qui ne serait justifiée par la recherche d'éléments en rapports avec l'objet de la perquisition.

Si la police ne respecte pas ces conditions, elle risque d'engager la responsabilité de l'État : faute engendrant un préjudice et donc une réparation.

Question de la preuve :

Preuve grâce au procès-verbal des perquisitions : bien qu'il soit rare que dans le procès-verbal soit indiqué la faute en temps que telle ou l'irrespect de la procédure => c'est un élément d'appréciation du juge.

De la même manière, **les blessures peuvent être prises en compte** (certificat médical), **les éléments cassés, la présence d'enfants** : cependant la perquisition est génératrice de violence donc la preuve de la contrainte inacceptable est difficile à apporter.

Le contrôle judiciaire des mesures prises dans le cadre de l'urgence

Le juge judiciaire à son mot à dire et contrôle les mesures administratives prises dans le cadre d'urgence lorsqu'il statue en matière pénale (perquisitions et assignations).

Sur le fondement de **l'article 111-5 du Code pénal**, cela déroge au principe de l'incompétence du juge judiciaire pour apprécier la légalité des actes administratifs :



Les Fiches de la Corpo



SMEREP
Sécu étudiante & Mutuelle

- En principe, le juge judiciaire ne contrôle pas la légalité des actes administratifs.
- **Exception** dans cette incompétence : le juge pénal apprécie la légalité des actes administratifs lorsque la solution du procès pénal dépend de l'examen de la légalité de l'acte.

3 cas distincts de compétence pénale : lorsque

- (1) **Les actes administratifs servent de fondement à l'incrimination pénale** : de la légalité de l'incrimination dépend l'issue du procès.
- (2) **Un acte administratif est invoqué en défense** : lorsqu'on ne peut pas poursuivre car la personne bénéficie d'un décret d'amnistie. Mais si le décret est **illégal**, alors le juge pénal est compétent.
- (3) **La violation/méconnaissance de l'acte administratif est pénalement sanctionné** : type arrêté de police de stationnement. Si la personne ne respecte pas l'arrêté alors il sera pénalement poursuivi mais si l'arrêté est illégal alors le juge pénal est compétent.

Cette compétence d'exception s'explique par des raisons propres au procès pénal qui est l'unité du procès et l'idée selon laquelle il faut aller vite.

Le juge pénal est donc **compétent pour apprécier la légalité des assignations à résidence** => l'intéressé encourt des sanctions pénales (emprisonnement + amende).

Le juge pénal se comporte beaucoup comme un juge administratif lorsqu'il apprécie la légalité de l'assignation, notamment dans un **arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 3 mai 2017** : lorsque les prévenus contestent l'assignation, le juge judiciaire doit, comme le fait le juge administratif, interroger l'administration s'il n'y a pas d'éléments suffisamment clairs —> ce n'est pas la personne qui a été assignée qui doit prouver qu'elle ne présentait pas une menace.

Cependant, le juge administratif est très à l'aise pour récolter ces informations auprès de l'administration alors que le juge pénal n'a pas l'habitude.

Pour les perquisitions : le contentieux judiciaire des décisions de perquisitions administratives peut donner lieu à la découverte d'infractions qui seront consignées dans un procès-verbal par l'officier de police judiciaire, et à des saisies incidentes. **C'est à l'occasion des poursuites judiciaires générées à la suite d'une perquisition administrative que le juge pénal peut être conduit à apprécier un ordre de perquisition.**

Normalement ce n'est pas évident pour un juge pénal de contrôler un ordre de perquisition mais la Cour de cassation en a décidé autrement, notamment dans un **arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 13 décembre 2016** : en dehors de ces 3 cas de **l'article 111-5 du Code pénal**, la compétence du **juge pénal couvre les hypothèses où la légalité de l'acte administratif conditionne la régularité de la procédure pénale.**

En procédure pénale, les actes de procédure sont déterminants pour la régularité de la procédure : typiquement si une perquisition judiciaire est illégale, tout tombe. Donc pour que la procédure soit régulière, l'acte enclenchant la procédure doit être régulier —> Mécanisme de contrôle qui conduit à vérifier la légalité de l'ordre de perquisition. **Pour cela, le juge pénal peut être conduit à entrer en contact de façon indirecte par le Ministère Public avec l'administration** (exemple : **arrêt de la chambre criminelle du 10 janvier 2018**).

Projet en 2015 : François Hollande avait annoncé qu'un projet de réforme constitutionnel serait engagé pour **intégrer l'état d'urgence dans la Constitution** et pour déchoir de nationalité les auteurs d'attentats. Il s'agissait d'introduire à **l'article 36 de la Constitution** prévoyant l'état de siège une disposition relative à l'état d'urgence —> « *l'état d'urgence peut être décrété en cas de péril imminent (atteinte grave à l'ordre public) et prolonger par le législateur, et celui-ci est compétent pour doter l'administration des pouvoirs de police lui permettant de faire face à la situation* ». Cependant ce projet n'a pas abouti.

Cette idée répondait à une préoccupation fondamentale qui est la **Crainte du risque constitutionnel** : en 2015 après l'attentat du Bataclan, l'État entend réagir de façon très forte mais il n'est pas certain que ces outils juridiques (**loi de 1955**) soient parfaitement conformes à la Constitution. **Ce que redoute le gouvernement est une QPC déclarant la loi de 1955 contraire à la Constitution** => enjeu politique fort. **La Constitution a donc surplombé toute la réécriture de l'état d'urgence, de la loi de 1955** : toutes les décisions QPC adoptées à propos de la **loi de 1955** guident la réécriture de la loi. Dans certains cas, le Conseil Consti-



Les Fiches de la Corpo



SMEREP
Sédu étudiante & Mutuelle

tutionnel a censuré purement et simplement et dans d'autres, il s'est contenté de réserves d'interprétation. Mais dans tous les cas, le Conseil Constitutionnel intervient dans la réécriture de l'État d'urgence.

Exemples :

- **Décision du Conseil Constitutionnel du 19 février 2016, QPC** : QPC au sujet de **l'article 8 de la loi de 1955** permettant de fermer les lieux de réunion ou d'interdire des réunions : le Conseil Constitutionnel ne censure pas le dispositif mais l'interprète de façon conforme à la Constitution en rajoutant des éléments : **ces mesures de fermeture doivent être justifiées et proportionnées aux mesures d'ordre public et chacune des décisions doit être motivée** : interprétation constructive.
- Dans d'autres cas, le Conseil Constitutionnel a censuré sans faire l'effort d'interpréter les dispositions de la loi par rapport à la Constitution : **article 5 3° de la loi de 1955** : le préfet peut décider d'interdire le séjour dans tout ou partie du département à toute personne qui chercherait à entraver de quelque manière que ce soit l'action des pouvoirs publics. Ici le Conseil Constitutionnel aurait pu faire comme pour l'interdiction des réunions et se livrer à une interprétation conforme car l'interdiction ne doit pas être pure et simple mais proportionnée. Dans une **décision du Conseil Constitutionnel du 9 juin 2017, QPC** : le Conseil Constitutionnel **censure car le dispositif est trop large et donne trop de pouvoir à l'autorité administrative**.
- **Article 5 2° de la loi de 1955** : le préfet peut décider d'instituer par arrêté des zones de protection ou de sécurité où le séjour des personnes est réglementée. Il s'agit d'une mesure générale. Cela a permis à l'autorité de police administrative (préfet) de quadriller un secteur en empêchant toute personne de rentrer dans ce périmètre de sécurité ou en n'autorisant que les personnes qui acceptent d'être fouillées —> mesure de protection puissante. Exemples de mises en place de ce dispositif : fan zone, jungle de Calais. Par une **décision du 11 janvier 2018, QPC**, le Conseil Constitutionnel a censuré ces dispositions car **le législateur n'a soumis la création de zones de protection à aucune condition et n'a prévu aucune garantie légale** : il n'a pas défini les mesures susceptibles d'être prises pour réglementer le séjour des personnes. Ces zones de protection d'urgence ont donc été réécrites par la **loi du 11 juillet 2017** : prise en compte de la vie familiale et professionnelle. L'administration ne peut donc pas interdire la circulation dans cette zone si des personnes habitent là.

Progressivement des règles plus douces sont entrées dans le régime de l'état d'urgence. De la même façon que le droit commun (moins brutal, plus urbain), l'État d'urgence s'est introduit dans ce dernier.

- **Lutte contre le terrorisme en dehors de l'Etat d'urgence**

Loi du 30 octobre 2017 : loi SILT

Loi du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme : cette loi a introduit dans le droit commun des mesures qui existaient dans le cadre de l'État d'urgence en dehors de ce régime d'exception. Il s'agit de **police administrative anti-terroriste** (police administrative spéciale) :

- Interdictions de sortie du territoire => **loi de 2014** : typiquement une mesure de police administrative spéciale.
- Contrôle des retours : mesure de police administrative spéciale.

Loi introduite dans le Code de la sécurité intérieure et présentant les caractéristiques suivantes :

- Le législateur a entendu lui donner un **caractère expérimental** : décision politique de donner à l'administration des pouvoirs de contrainte forts. Cette décision a été prise parce qu'en contrepartie, le régime juridique de rechange de la **loi SILT** a permis de sortir de l'état d'urgence —> processus de sortie de l'état d'urgence.
- Comme la **loi SILT** constitue une expérimentation, elle est censée avoir une **durée de vie limitée** (jusqu'au 31 décembre 2020). Mais rien n'interdira au législateur de décider de prolonger cette loi pour la transformer en un dispositif législatif pérenne.
- Cette loi a pour **unique objectif la lutte contre le terrorisme**.
- Cette loi **se nourrit de toute la jurisprudence du Conseil Constitutionnel sous l'état d'urgence**.



Les Fiches de la Corpo



SMEREP
Sécu étudiante & Mutuelle

Enfin, s'il s'agit bien d'un régime de police administrative, ce **régime juridique est parfois hybride** car il fait intervenir dans la procédure le juge judiciaire.

Cette loi prévoit des **mesures générales** du type « zone de protection » et des **mesures individuelles** comme l'assignation et les perquisitions injectées dans le droit commun => Mesures de police prises que dans un objectif de menace terroriste.

Ces mesures d'assignations sont des « mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance » (MICAS) : assignations de l'état d'urgence en réalité (régime différent). Alors que les perquisitions sont des visites.

Les mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance

Ces MICAS sont prévus aux **articles L.228-1 et suivants du Code de la sécurité intérieure** : mesures individuelles prises par le préfet aux seules fins de prévention de la commission d'actes terroristes —> mais à la différence de l'assignation, les MICAS n'engendrent **pas d'astreinte à domicile**. Deux conditions :

- **La menace que pense que représente la personne** : les MICAS concernent les personnes à l'égard desquelles il existe des raisons de penser que le comportement constitue une menace d'une particulière gravité => en réalité pas de degrés de menace.
- **La menace doit être externalisée** : il faut qu'il existe des éléments objectifs montrant que l'administration a raison d'avoir peur : soit l'intéressé sympathise avec la personne en lien avec le terrorisme, soit avec des thèses terroristes en soutenant, diffusant et adhérant à l'idéologie terroriste.

Les MICAS elles-mêmes correspondent à :

- **Interdiction de se déplacer à l'extérieur d'un périmètre géographique qui ne peut pas être inférieur à la commune.**
- La mesure peut être assortie d'une **obligation de pointage** qui ne peut pas être supérieure à un par jour —> mesure alternative au pointage : le bracelet électronique. Mais l'administration n'a pas le droit de géolocaliser la personne quand elle ne quitte pas le périmètre d'assignation.

La durée des MICAS est de **3 mois, renouvelable une fois**. Au-delà de 6 mois, il faut que l'administration dispose d'éléments nouveaux ou complémentaires —> durée maximum : 12 mois.

La question s'est posée de savoir si dans ces 12 mois maximum l'administration intègre les assignations de l'état d'urgence ? Le **Conseil d'État** a répondu dans un **arrêt du 14 mars 2018** en affirmant que **quand la loi entre en vigueur le 30 octobre 2017, l'administration remet les compteurs à zéro**. Le procureur est informé des mesures MICAS car il dispose d'une compétence nationale en matière de terrorisme. Cependant, même à l'égard de cette personne, il est possible que des enquêtes policières soient menées.

Mesure alternative aux MICAS : **déclaration de domicile** : impose de déclarer le domicile et toute sortie en dehors du périmètre assigné. Cette mesure n'interdit pas de quitter le périmètre, l'intéressé peut circuler librement dedans mais elle peut aussi quitter le périmètre assigné à condition que la personne fasse une déclaration => cette mesure peut être prise pour **3 mois** et au **maximum pendant 1 an afin d'assurer la traçabilité des personnes**.

Les **MICAS permettent de lever le doute** : la mesure de sûreté comme l'assignation par exemple est une mesure que l'on prend quand on n'a pas suffisamment d'éléments pour judiciaireiser c'est à dire pénaliser, lancer une procédure pénale contre quelqu'un mais cela rassure parce que la personne se tient à carreau.

En dehors de la période d'urgence, les MICAS sont moins évidentes. Il existe un contrôle parlementaire de la mise en œuvre de la **loi SILT** dans le rapport de 2019 :

- **Plus de la moitié des personnes assignées à résidence sous le régime de la loi de 1955 ont subi des MICAS** : les MICAS ont permis de ne pas dé-assigner tout le monde une fois l'état d'urgence fini.
- Ensuite, **plus d'un tiers des personnes sorties de prison ont eu des MICAS** : Circulaire ministérielle adoptée en décembre 2015 (toujours en vigueur) selon laquelle les chefs d'établissement pénitentiaires sont appelés à contacter la préfecture pour signaler les personnes qu'ils estiment un peu louche : soit les personnes sortant de prison pour peine terroriste, soit les personnes n'ayant rien à



Les Fiches de la Corpo



SMEREP
Sécu étudiante & Mutuelle

avoir avec le terrorisme mais qui se sont radicalisées en prison (informations données par les services pénitentiaires) —> mesures destinées à montrer que l'État à l'œil sur ces personnes. De la même manière, les directeurs des agences de santé sont invités par la circulaire du 2 juillet 2018 à échanger avec les services de préfecture les personnes sortant d'internement psychiatrique et qui sont radicalisées.

Arrêt du Conseil d'État du 14 septembre 2018 : contestation auprès du juge administratif d'une personne en contact en prison avec des prisonniers radicalisés et qui à la sortie de la prison a subi des MICAS. Or **il ne suffit pas d'avoir partagé une cellule avec une personne radicalisée, il faut que la personne sympathise avec les thèses radicales.**

Le contrôle juridictionnel des MICAS : **Article L.228-2 du Code de la sécurité intérieure** : si une personne soumise aux MICAS veut contester sa mesure, elle dispose d'un **délai d'un mois pour saisir le tribunal administratif** qui doit répondre dans un délai de deux mois. Le tribunal administratif statue sur le fond en formation collégiale mais il est **possible également d'exercer un référé liberté** contre la MICAS : dans ce cas il n'y aura pas de contrôle sur le fond, le juge va vérifier si la décision n'est pas manifestement illégale. Pour le renouvellement, l'intéressé peut saisir le juge du fond dans le mois qui suit le renouvellement. Le juge doit alors répondre dans les deux mois. Mais il existe aussi une **procédure spécifique de référés qui concerne seulement le renouvellement de la MICAS**. Ce renouvellement particulier doit être **notifier 5 jours avant les faits** et l'intéressé dispose de 48 heures pour saisir le juge du référé liberté qui doit se prononcer dans les 72 heures. Si au bout de 5 jours le juge ne se prononce pas, la prolongation de la première MICAS ne prend pas effet donc la personne est libérée (l'objectif est ainsi de bénéficier d'un recours suspensif). **Le juge doit donc nécessairement se prononcer dans les 72h.**

Raison de ces délais : la MICAS ne peut pas durer plus de 3 mois. L'objectif de ce délai est de faire en sorte que lorsque la MICAS est prise, le contentieux susceptible d'être né à l'occasion de cette MICAS soit purgé. L'intérêt est donc de faire en sorte que la décision intervienne avant l'expiration du délai de 3 mois, c'est à dire avant que la MICAS ne produise tous ces effets.

Le Conseil Constitutionnel, saisi de ces dispositions, les a censurés dans une **décision QPC du 15 février 2018** :

- (1) Sur les délais d'intervention du juge administratif (deux mois) : le juge doit intervenir plus vite. Le législateur a donc **réécrit cette disposition avec la loi du 23 mars 2019** sur la réforme de la justice : la personne subissant une MICAS dispose de **deux mois pour saisir le juge** (délai du recours bref) et le juge doit se prononcer sur le fond en 15 jours.
- (2) Sur la procédure de référé en matière de renouvellement de la MICAS : la décision doit être notifiée 5 jours avant. Le Conseil Constitutionnel censure ce dispositif car le juge des référés statue sur l'illégalité manifeste de la MICAS : restriction de liberté trop importante pour que la garantie vraiment effective ne soit possible qu'en cas d'illégalité manifeste. La **loi du 23 mars 2019** réécrit cette procédure spécifique concernant la MICAS : **notification 5 jours avant, 48 heures pour saisir le juge** qui se prononce au fond (pas le juge des référés) et qui a **3 jours pour répondre** sinon la personne est libérée. C'est une **procédure rapide comme le référé mais qui contrôle la légalité entière du dispositif et pas seulement l'illégalité manifeste.**

Ce qui est intéressant dans cette décision c'est qu'on s'aperçoit que les exigences constitutionnelles que pointent le Conseil Constitutionnel ne sont pas les mêmes que les exigences qu'il y avait dans le cadre de l'état d'urgence : le Conseil Constitutionnel n'a jamais dit que le contrôle du juge des référés était insuffisant. Le Conseil Constitutionnel a **exigé un triple contrôle de proportionnalité** pour l'assignation : mesure adaptée, nécessaire et proportionnée => l'équilibre exigé n'est pas le même en période d'état d'urgence car c'est l'urgence donc il est possible d'être plus restrictif en matière de liberté, en se contentant par exemple d'un juge n'intervenant qu'en cas d'illégalité manifeste => dans les temps ordinaires, le contrôle est différent.

Les visites et saisies

Le législateur a prévu un régime assez hybride à **l'article L.229-1 du Code de la sécurité intérieure** dont le but est la lutte contre le terrorisme. Ces visites (perquisitions, assignations) **ne peuvent viser que les per-**



Les Fiches de la Corpo



SMEREP
Sécu étudiante & Mutuelle

sonnes à l'égard desquelles l'administration a des raisons de penser que le comportement représente une menace particulière et qui en plus sympathisent avec des personnes ou des thèses terroristes.

Là où se trouve l'originalité est que la procédure, contrairement aux perquisitions de l'état d'urgence, **fait intervenir le juge des libertés et de la détention du Tribunal de Grande Instance de Paris** car c'est à Paris que se centralise la section anti-terroriste => c'est ce juge qui doit autoriser et contrôler les visites. Ce qui est cependant très étrange c'est que juridiquement l'intervention du juge judiciaire n'est pas une nécessité mais le législateur trouve quand même que ce serait bien car c'est lui le protecteur des libertés : culture nationale selon laquelle le juge judiciaire est quand même une autorité protectrice des libertés. On l'exige et on le place dans cette procédure. Le préfet saisit donc le juge des libertés et de la détention avec une demande de perquisition assez motivée : le juge des libertés et de la détention rend ensuite une **ordonnance qui autorise ou refuse la perquisition**.

La visite a lieu sous les mêmes conditions que les perquisitions de l'état d'urgence :

- Il faut qu'un **officier de police judiciaire constate l'infraction** —> possibilité de recueillir les saisies incidentes (cannabis, sacs de cocaïne).
- Le juge des libertés et de la détention contrôle à tout moment la visite.
- **Possibilité de retenir la personne pendant 4 heures pour faire des vérifications.**
- **Possibilité de faire des visites sur visites** (prévues aussi dans la refonte de la **loi de 1955** pour les perquisitions sous l'état d'urgence) —> **article L.229-1 du Code de la sécurité intérieure** : si à l'occasion d'une visite, l'officier de police judiciaire s'aperçoit qu'un autre lieu peut être visité, cette visite autre lieu et l'autorisation délivrée par le juge des libertés et de la détention pourra être donnée par tout moyen (par SMS par exemple).
- La **loi SILT** permet aussi des **saisies informatiques** comme sous l'état d'urgence : la police saisit soit du matériel ou des données en procédant à des copies. L'exploitation de ces données est néanmoins soumise à l'autorisation du juge des libertés et de la détention.
- Un recours est prévu par la loi contre les ordonnances prises par le juge des libertés et de la détention qu'il s'agisse des ordonnances relatives à la demande de visite effectuée par le préfet ou qu'il s'agisse d'ordonnances relatives à l'exploitation des données. Dans les deux cas, le **recours est possible devant le Président de la Cour d'appel de Paris dans les 15 jours** (ou recours en cassation).
- Le législateur a aussi prévu un **recours en responsabilité** pour tout dommage causé à l'occasion de ses visites (**article L.229-6 du Code de la sécurité intérieure**). Les juridictions de l'ordre judiciaire sont compétentes pour connaître le contentieux indemnitaire résultant de ces visites dans les conditions prévues à **l'article L.141-1 du Code de l'organisation judiciaire** (dispositions prévoyant la responsabilité de l'État pour faute lourde du fait du fonctionnement défectueux de la justice).

Attention : Même si le juge judiciaire intervient, il s'agit d'une police administrative. Or, dès lors qu'il s'agit du fonctionnement d'une police administrative, le juge administratif est compétent —> le régime de responsabilité judiciaire a été un rajout législatif. Précisions :

- La responsabilité engagée pour les dommages causés par les visites est **plus difficile à mettre en œuvre devant le juge judiciaire que devant le juge administratif** (le législateur n'a pas pensé à l'**avis Napol**).
- Quand la responsabilité est recherchée devant le juge judiciaire, il faut **harmoniser les régimes juridiques** : le régime de la **loi SILT** n'est pas plus difficile à mettre en œuvre que devant le juge administratif donc il faut que le juge ait une interprétation souple (faute lourde facilement reconnue).
- Cette intervention du juge judiciaire ne répond pas à une exigence juridique mais est prévue par le législateur pour faire paraître le régime plus doux.

Dans la **loi SILT**, d'autres dispositifs notamment les périmètres de protection (fan zone) qui ressemblent énormément au périmètre de protection de la **loi de l'état d'urgence** ont été supprimés du fait de motifs d'instauration et de mesures non prévus ni imposés. Le législateur a donc réécrit ces dispositifs dans la **loi du 30 octobre 2017** de façon à le rendre conforme aux exigences constitutionnelles => **Ces périmètres ne peuvent être imposés qu'en cas de menace terroriste**.



Les Fiches de la Corpo



SMEREP
Sécu étudiante & Mutuelle

C'est la raison pour laquelle quand le législateur a adopté la **loi sur la manifestation**, il ressentait le besoin de recréer un périmètre de protection spécifique ; projet finalement abandonné car la manifestation ne présente pas forcément de menace terroriste. Une **décision du Conseil Constitutionnel du 4 avril 2019** a censuré l'interdiction administrative de manifester :

- Le Conseil Constitutionnel a censuré le fait que la participation de certaines personnes à la manifestation puisse être interdite en raison d'un acte violent dans d'autres manifestations => formule considérée comme trop générale.
- Interdiction de manifester en ayant notifié le jour même de la manifestation car cela prive les personnes de tout recours —> **une manifestation doit normalement être notifiée quelques jours avant la manifestation afin de saisir le juge administratif des référés.**

La **loi SILT** renforce donc l'existence et les pouvoirs de cette police administrative spéciale en matière de lutte anti-terrorisme. La police n'est pas préventive, elle sert à lutter contre les infractions terroristes.

Le droit pénal anti-terroriste

De la même façon, le droit pénal anti-terroriste **s'occupe de plus en plus de la prévention en matière de terrorisme** => qui est plutôt une affaire de lutte administrative. Il faut que de façon institutionnelle il existe des liens entre procédures pénale et administrative.

Définition pénale du terrorisme : une infraction terroriste **ne vise pas une atteinte au bien ou une atteinte aux personnes**. Parfois, il existe des infractions terroristes qui sont sanctionnées alors même qu'aucune atteinte aux biens ou aux personnes n'est constituée.

But de l'infraction terroriste : **atteinte à la société** —> **volonté délibérée, planifiée de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation et la terreur** => **article 421-1 du Code pénal**.

Un acte terroriste ne consiste pas seulement dans l'intention, c'est aussi un projet, une planification (élément constitutif du terrorisme) : **expression d'entreprise terroriste** qui peut être collective (projet planifié à plusieurs) ou planifiée seule => **Entreprise terroriste née en 1986**.

Première **loi le 9 septembre 1986** :

- Objectif procédural : créer une **procédure centralisée à Paris** —> la **loi du 23 mars 2019** a créé un **parquet national antiterroriste**.
- Procédure spécifique : la garde à vue peut aller jusqu'à 10 jours et les pouvoirs du parquet sont les plus importants car le terrorisme correspond à une atteinte à la société => **l'intérêt général justifie des pouvoirs élargis** donnés au Procureur qu'on estime plus à même de protéger la société.
- **Répression plus forte.**
- **Mécanismes indemnitaires** : assurer aux victimes d'actes terroristes une réparation fondée sur le principe de solidarité nationale.
- **Volet préventif** : faire en sorte que le droit pénal prévienne l'infraction terroriste —> agir le plus en amont possible de l'acte nuisible, violent. La vision préventive s'est considérablement développée au fur et à mesure que les formes de terrorisme se sont développées : les terroristes n'accordent plus d'intérêt à leur vie, ils se sacrifient (ceinture explosive) donc la dimension répressive n'a plus de prise.

Les infractions terroristes :

- **le législateur s'est contenté d'extraire du Code Pénal un certain nombre d'actes violents** (atteinte à la vie, vols, extorsions) et d'en faire des infractions terroristes lorsque ces infractions sont commises avec **une intention et un projet terroriste** —> **article 421-1 du Code pénal**. Exemple : l'atteinte volontaire à la vie est une infraction de droit commun qui devient une infraction terroriste si elle est liée à une entreprise terroriste (lorsque la personne a une intention planifiée de troubler l'ordre public).
- Il existe des **infractions terroristes autonomes** : le législateur va incriminer une série de faits, d'activités dont il estime qu'elles rendent possible l'acte terroriste.



Les Fiches de la Corpo



SMEREP
Sécu étudiante & Mutuelle

- Les **infractions terroristes satellite** représente le fait de financer d'une manière ou une autre une entreprise terroriste => (**Loi du 15 novembre 2001, article 421-2-2 du Code pénal**).
- **Terrorisme par recrutement** : faire pression sur une personne pour qu'elle participe à une entreprise terroriste (soit la gratifier, soit la menacer si ne le fait pas) => **article 421-2-4 du Code pénal**.
- **Infractions obstacles** : le législateur a prévu ces infractions **visant à sanctionner des comportements très éloignés de l'acte nuisible** : acte préparatoire dont on estime qu'il s'inscrit dans un chemin terroriste mais qui en lui-même n'est pas porteur de l'acte nuisible. Ces infractions obstacles ont une nature préventive très forte, elles se rapprochent de la fonction de la police administrative (saisir un acte bien avant sa commission) —> les infractions obstacles ne sont pas nées en 1986, mais existent depuis longtemps => les infractions obstacles ont un poids considérable. Exemples :
 - **Loi du 18 décembre 1993** sur les **associations de malfaiteurs (article 421-2-1 du Code pénal)** : personnes qui planifient ensemble un acte criminel sauf que la planification a une visée terroriste (entreprise terroriste collective). Ici l'élément matériel sera le fait de s'être réuni, d'avoir repéré des lieux —> ce qui est réprimé ce sont les actes préparatoires d'un projet criminel terroriste —> exigence d'actes matériels mais reste très proche de la simple intention de nuire.
 - **Entreprise individuelle terroriste** : **loi du 13 novembre 2014** : il s'agit de prendre en compte une nouvelle forme de terrorisme, celle de l'action d'un auteur isolé (après les attentats de Mérah en 2012) => mais besoin actes matériels car la simple intention de nuire ne suffit pas, le criminel doit projeter un acte. La loi prévoit des éléments permettant d'identifier ce projet nourrit par un individu seul : **article 421-2-6 du Code pénal** —> 2 éléments cumulatifs permettant de considérer **que le projet terroriste s'est objectivement externalisé et qu'il existe Présence d'objets ou de substances dangereuses** : le fait de détenir, de rechercher, de se procurer ou de fabriquer des objets ou substances dangereuses permet d'extérioriser/d'objectiver l'existence d'un projet individuel terroriste.

Recueillir les informations sur des lieux ou sur des personnes permettant de mener une action (**repérage**), **s'entraîner à utiliser des armes**, à un sport de combat, à piloter un avion ou encore **consulter régulièrement des sites qui font l'apologie du terrorisme**, séjourner à l'étranger sur le théâtre d'opérations terroristes. Ces critères rappellent la **loi SILT** déterminant qu'une personne dangereuse et qui en plus sympathise avec les personnes et les idées terroristes doit être surveillée => on essaye d'identifier d'une façon objective.

Décision du Conseil Constitutionnel du 7 avril 2017, QPC : le législateur sanctionne la seule intention terroriste, le Conseil Constitutionnel donne partiellement raison au requérant :

- **Le législateur ne peut pas**, sans méconnaître le principe de la nécessité des délits et des peines, **réprimer la simple intention délictuelle ou criminelle**. **L'article 5 de la DDHC** ne doit défendre que les actions nuisibles à la société.
- Il est permis de **réprimer de simples actes préparatoires**, mais encore faut-il être sûr qu'il s'agit de véritables actes préparatoires : **censure une partie seulement du dispositif** : « **le fait de rechercher** » des objets et substances dangereuses car détenir, fabriquer ou se procurer permet d'obtenir, de posséder ces substances. Ici le législateur est allé trop loin : pré-préparation. Dans même l'idée, la consultation de sites djihadistes incriminée par la loi a été censurée deux fois par le Conseil Constitutionnel en 2017 : **décisions du 10 février et du 15 décembre 2017**.

Cet aspect préventif du droit français est en parfaite **harmonie avec le droit international et notamment avec la Convention de Varsovie de 2005 et la Convention du Conseil de l'Europe** que la France a ratifié en 2008 —> cette convention impose aux États membres de sanctionner pénalement les actes de préparation, d'apologie ou de provocation terroristes.

Les liens procéduraux entre l'action pénale et la police administrative

Le droit pénal agit de manière préventive alors que la police administrative spéciale vise à déceler des infractions déjà réalisées ou en cours de réalisation.



Les Fiches de la Corpo



Comment le juge pénal et la police administrative communiquent-ils ?

La police administrative et le service de renseignement alimentent la police judiciaire : lorsque des éléments sont récoltés du fait de la mise en œuvre des investigations de police administrative ou de police administrative spéciale, ils sont transmis au juge judiciaire —> l'officier de police judiciaire transmet les procès-verbaux au Procureur.

- Éléments de façon générale : **tout ce qui est susceptible de constituer une infraction et qui est découvert par des agents publics doit nécessairement être communiqué au procureur (article 40 du Code de procédure pénale)**. Ces éléments vont permettre de guider l'enquête préliminaire par le procureur.
- **Éléments couverts par le secret défense : transmis au parquet de Paris** (pas à un procureur lambda). Lorsque la police saisit un autre procureur, elle doit masquer tout ce qui est couvert par le secret-défense (notamment les notes blanches).

Donc les services de police administrative nourrissent la police judiciaire. Inversement, la police judiciaire nourrit les services de police administrative et plus précisément les services de renseignement : la **loi du 28 février 2017** permet au service de renseignement de demander des renseignements au Procureur de la République de Paris chargé de la lutte contre le terrorisme concernant les personnes pour lesquelles des procédures sont engagées ; et le Procureur doit transmettre ces éléments => communication institutionnalisée.

La liberté de religion

La liberté de religion couvre la liberté de manifester, d'exprimer, d'exercer son culte : c'est prier. Ces expressions religieuses peuvent se manifester dans des lieux privés ou publics.

Rapports entre l'État et la liberté religieuse :

Les relations entre l'État et les religions sont marquées par le **principe de laïcité** inscrit dans la Constitution à **l'article premier** : « La France est une République laïque ». La **loi du 9 décembre 1905**, de séparation des églises et de l'État avait introduit en droit français le principe de laïcité —> loi pour la liberté religieuse des individus :

- **Article premier** : « La République assure la liberté de conscience mais surtout garantit le libre exercice des cultes sous réserve des restrictions pour préserver l'ordre public ».
- **Article deuxième** : principe de la **neutralité de l'État** : la République ne reconnaît, ne salarie, ne subventionne aucun culte. Cette neutralité s'applique à l'État mais plus généralement à toutes les personnes morales de droit public, aux agents, aux humains.

L'évolution contemporaine est marquée par une **tension entre ces deux exigences** car même si l'État garantit le libre exercice du culte, il y a des situations dans lesquelles il ne peut pas être neutre. Il doit cependant les prendre en compte et **agir positivement** pour permettre l'exercice du culte (par exemple financer la réparation d'une Église).

• La laïcité et la neutralité

La neutralité de la personne publique

Le **loi de 1905** met un terme au régime du **Concordat** : Traité signé en 1801 entre Napoléon 1^{er} et le Saint siège (Pape). Ce système que la **loi de 1905** abroge instaure la **séparation des Églises et de l'État** : juive, protestante et catholique.

- **Séparation matérielle** : plus de financement.
- **Séparation morale** : l'État ne fait plus référence aux valeurs morales des religions.

Les exceptions territoriales au principe de laïcité



Les Fiches de la Corpo



SMEREP
Sécu étudiante & Mutuelle

Exception : Alsace/Moselle

Ces deux régions ne sont pas assujetties à la **loi de 1905** car quand la loi a été adoptée, l'Alsace et la Moselle appartenaient depuis 1811 à l'Allemagne, donc **lorsqu'elles sont redevenues françaises en 1919, la France a promis de respecter le régime du Concordat.**

Décision du Conseil Constitutionnel du 21 février 2013, QPC : la situation exceptionnelle de l'Alsace-Moselle est-elle conforme au principe de laïcité ? Réponse du Conseil Constitutionnel : oui car une réponse négative n'était pas possible politiquement. Ce n'était pas à lui de remettre en cause ce régime. Ce qui est intéressant dans cette décision est que le principe de laïcité a été reconnu par le **Conseil d'État le 6 décembre 2001** en tant que principe fondamental reconnu par les lois de la République et le principe à valeur constitutionnelle mais le conseil constitutionnel ne s'appuie pas dessus en effet il prend soin de ne pas s'appuyer sur la **loi de 1905** et de ne pas s'appuyer sur les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République mais seulement sur **l'article premier de la Constitution** et sur **l'article 10 de la DDHC** (« nul ne doit être inquiété par ses opinions ») ce qui lui permet de renouer avec l'ambivalence de la **loi de 1905**.

Comme le conseil constitutionnel se fonde sur une norme constitutionnelle autonome et non pas sur la **loi de 1905**, le Conseil Constitutionnel peut modifier le principe de laïcité. Il le fait quand il dit que la neutralité de l'État veut dire que l'État ne reconnaît pas, ni ne salarie aucun culte. Au passage, **il gomme la 3^{ème} interdiction faite à l'État dans la loi de 1905 par l'article 2 : la subvention.**

De plus depuis la **loi de 1959**, le législateur autorise la subvention par l'État des écoles religieuses, privées sous contrat mais pour permettre de continuer la subvention, il devait réécrire le principe de neutralité de l'État : loi qui permet la subvention par l'État des écoles sous contrat.

Exception territoriale : Guyane

La **loi de 1905** précise que pour les colonies et pour l'Algérie, elle peut s'appliquer mais il faut alors un **texte spécial le prévoyant** —> à l'époque c'était un règlement d'administration publique (acte réglementaire).

La **loi de 1905** a donc été étendue à la Guadeloupe et à la Réunion mais pas à la Guyane parce que l'État français a voulu maintenir l'**ordonnance du 27 août 1828** prévoyant la rémunération des ministres du culte par le gouvernement de la Guyane française (rémunère les prêtres uniquement catholiques).

Le département a par la suite décidé de supprimer la rémunération des prêtres catholiques, ce qui a conduit à un litige : QPC soulevée par le département. Leur argument était que sur le fondement du principe d'égalité (principe constitutionnel), ce n'est pas juste car cela ne concerne que le culte catholique (question différente de celle pour l'Alsace/Moselle). **Le 9 juin 2017, le Conseil constitutionnel** a répondu que **cette question relevait de la volonté du constituant**, y compris la possibilité de déroger au traitement de faveur du culte catholique => juridiquement pas convaincant du tout, solution d'ordre politique.

Jurisprudence du Conseil d'État, « Arcelor » et du **Conseil Constitutionnel de 2004, « Confiance dans l'économie numérique »** : précisions sur les principes constituant l'identité constitutionnelle de la France (laïcité, neutralité de l'État). **Malgré cela, subsistent ces exceptions territoriales au principe de laïcité.**

La laïcité et la neutralité des agents publics et des services publics

De façon générale, les agents publics doivent être neutres. **Cette exigence de neutralité est le symétrique du principe d'égalité** : l'administration doit traiter de façon égale les administrés => **Égalité devant le service public.**

Implications de la neutralité pour les agents et services publics

Neutralité des agents dans le service public ou se présentant en tant qu'agent public

Le principe de neutralité impose aux agents publics (toute personne travaillant dans le secteur public, les fonctionnaires) **de taire dans l'accomplissement de leur service leurs convictions religieuses.**

Le principe est posé par **l'avis du Conseil d'État du 3 mai 2000, « Marteaux »** : à propos d'une surveillante d'école qui portait le voile et qui a été selon le Conseil d'État justement sanctionner car le fait de manifester



Les Fiches de la Corpo



SMEREP
Sécu étudiante & Mutuelle

ses convictions religieuses pendant le service consistait en **une faute**. Ce qui est intéressant est que le Conseil d'État précise que **peu importe que la personne soit en contact ou non avec les usagers**.

Ce principe vaut pour tous les services publics :

- **Exemple : arrêt du Conseil d'État du 15 octobre 2003** : sanction disciplinaire infligée à un agent qui sur le site internet d'une association culturelle jésuite mettait sa qualité d'agent public et son adresse publique => interdit donc la sanction est légale.
- **Exemple : arrêt de la Cour administrative d'appel de Versailles du 19 décembre 2017** : un infirmier dans un hôpital est sanctionné car il portait la barbe en revendiquant cela comme l'expression d'une conviction religieuse.

Question de la discrimination contre le principe laïcité

En revanche, **cette neutralité ne signifie pas que des agents puissent être exclus du service public au nom de leur conviction religieuse** => la discrimination est illégale.

- **Arrêt du Conseil d'État du 10 mai 1912, « Abbé Bouteyre »** : **l'administration refuse d'admettre à un ecclésiastique de participer au concours de l'agrégation de philosophie**. Cela a été admis par le Conseil d'État en 1912 à cause du contexte historique : **lutte très forte de l'État pour la laïcité** : l'État français était encore très imbriqué avec la religion catholique => combat violent contre la religion pour se couper de cela. Cette **solution n'est plus valable aujourd'hui**.
- **À Strasbourg un ecclésiastique a été élu Président d'université** : le droit local (exception territoriale) ne va pas jusqu'à admettre une dérogation autre que celle-là. La question était de savoir s'il est possible qu'un ecclésiastique occupe des fonctions publiques. La réponse a été donnée par un **arrêt du Conseil d'État du 27 juin 2018** : **le principe de laïcité ne s'oppose pas à ce qu'un ecclésiastique exerce les fonctions publiques mais il faut qu'il quitte sa robe, son habit d'ecclésiastique** —> soumis à une exigence de neutralité.
- **Arrêt du Conseil d'État du 10 avril 2009, « El hadiou »** : discrimination à l'embauche de la fonction publique (concours interne de la police nationale). Il est refusé donc il exerce un recours : discrimination du fait qu'il est musulman. Le Conseil d'État lui donne raison : **les convictions religieuses ne doivent pas être prises en compte lors de l'accès aux fonctions publiques**. Question de preuve ? **L'administration doit répondre**, justifier les raisons de sa non admission par des motifs autre qu'il était musulman, sinon c'est illégal => il faut réussir à obtenir l'intime conviction du juge.

Les convictions religieuses peuvent toutefois être prises en compte pour procéder à des aménagements du service, mais l'administration dispose d'une large marge d'appréciation. **Exemple : arrêt du Conseil d'État du 16 février 2004** rendu sur le terrain du référé-liberté : un agent d'entretien dans un HLM demande à pouvoir quitter son poste pour suivre la prière (vendredi de 14h à 15h) mais l'administration refuse. Il exerce donc un référé-liberté devant le juge administratif en invoquant la liberté de religion. Le Conseil d'État répond que :

- Sur le terrain des principes : la liberté de culte est une liberté fondamentale mais les nécessités du service peuvent exiger qu'il n'y ait pas d'aménagement possible pour l'exercice du culte. **Les aménagements sont possibles s'ils ne troublent pas l'organisation et le fonctionnement du service mais ils ne sont pas de droit**.
- Sur le terrain de l'application : ici pour vérifier si cela troublait ou non l'organisation du service, **le juge se réfère aux horaires de l'agent d'entretien**. Or les nécessités du service ne permettaient pas d'aménagement parce qu'il travaillait de 14h à 17h. **L'administration n'a donc pas commis d'illégalité manifeste** (juge des référés-liberté).

Personnes couvertes par le principe neutralité

Il couvre les personnes publiques (fonctionnaires publics) **mais également les personnes qui travaillent dans une organisation privée chargée d'une mission de service public** => à propos des caisses primaires d'assurance maladie : du fait de cette mission de service public, les agents sont soumis au principe de neutralité religieuse. **Arrêt de la Cour de cassation du 19 mars 2013** : **litige noué au sujet du règlement intérieur de la caisse primaire d'assurance maladie qui interdisait aux agents tout port de signe religieux** —> la Cour de cassation donne raison à l'administration sur le fondement du principe de laïcité/neutralité.



Les Fiches de la Corpo



SMEREP
Sécu étudiante & Mutuelle

Est-ce que des accompagnateurs/accompagnatrices école des sorties scolaires peuvent porter le voile ? Cette polémique est apparue en 2011 quand une directrice d'école avait refusé à une mère d'accompagner les enfants lors d'une sortie de classe parce qu'elle portait le voile : **arrêt du Tribunal administratif de Montreuil du 22 novembre 2011** : recours exercé par une association de mères d'élèves contestant le règlement intérieur de l'école qui interdisait aux accompagnateurs scolaires de porter des signes religieux. Cependant le Tribunal administratif a répondu que **le principe d'égalité s'appliquait aussi aux accompagnateurs scolaires. Principe repris par la circulaire ministérielle de 2012** qui pose clairement que **la neutralité s'applique aux accompagnateurs scolaires** car ce sont des collaborateurs du service public.

Le défenseur des droits a donc été saisi : **avis du Conseil d'État du 19 décembre 2013** : **la réponse est l'inverse de celle du Tribunal administratif et de la circulaire ministérielle**. Les accompagnateurs scolaires sont bien des collaborateurs du service public mais ils ne sont pas pour autant soumis au principe de neutralité. Le Conseil d'État **reprend la fonction initiale de collaborateur/bénévole** de la fonction publique : lors d'un accident, le collaborateur/bénévole n'est pas couvert car il n'est pas un agent public (ni contractuel ni fonctionnaire). **La notion étend les garanties des agents publics aux collaborateurs occasionnels mais il ne fait pas de lui une personne soumise aux mêmes règles que l'agent public et notamment à la neutralité** —> **arrêt du Tribunal administratif de Nice du 9 juin 2015** : **dans le sens de l'avis du Conseil d'État**, pas de restriction dans l'expression des convictions religieuses pour les accompagnateurs scolaires.

La laïcité et la neutralité des bâtiments publics

Cette question est abordée par **l'article 28 de la loi de 1905** qui énonce qu'il est « interdit à l'avenir d'apposer aucun signe religieux sur les bâtiments publics sauf sur les édifices de cultes, cimetières, monuments funéraires ». 2 exceptions dans cet article :

- **Exception de temps** : « interdit à l'avenir » signifie que législateur ne dit pas qu'il faudrait désormais retirer tous les signes religieux de tous les bâtiments publics.
- **Limitation de lieux** : lieux de cultes, musées => possible d'avoir des signes.

Question des crèches de Noël (notamment dans les mairies) : est-il possible d'installer des crèches de Noël au nom de la laïcité ? Politiquement, les enjeux sont considérables :

- **Conception rigoriste de la crèche** : c'est un symbole religieux qui n'a rien à faire dans un bâtiment public donc interdiction des crèches dans les mairies.
- **Interprétation extensive** : les crèches peuvent être culturelles : tradition festive pendant les fêtes de Noël.

Mais aucune solution n'est vraiment satisfaisante. **Arrêt du Conseil d'État du 9 novembre 2016, « Commune de Melun » / « Fédération Départementale de libres penseurs »** (deux décisions) : **les crèches sont à la fois un symbole religieux mais elles possèdent aussi un côté culturel, festif**. Le Conseil d'État pose une **grille de méthode** pour apprécier le caractère culturel ou religieux, destinée aux autres juges du fond :

- **Si c'est seulement culturel** : c'est autorisé => crèche autorisée dans les bâtiments publics.
- **Si en revanche c'est religieux** : elle sera prohibée.

Selon le Conseil d'État, tout dépend du lieu de l'exposition. Il faut distinguer :

- **Les bâtiments publics** : immeubles accueillant des personnes publiques (exemple : hôtel de ville).
- **Les emplacements publics** : rond-point, une place devant une mairie.

En principe, dans les bâtiments publics la crèche est prohibée car plus on s'approche du bâtiment public, plus l'exigence de neutralité est forte, plus la dimension religieuse de la crèche est importante => **la crèche est donc plutôt religieuse sauf circonstances particulières**. Exemples de circonstances particulières :

- **Arrêt de la Cour d'appel de Nantes du 6 octobre 2017** : crèche dans le grand hall d'un hôtel du département de la Vendée qui fait 1000 m². Il y a une crèche installée de 3m/2m. En principe, la crèche est un symbole religieux et comme il s'agit d'un bâtiment public, l'exigence de neutralité est encore plus importante donc la crèche est interdite. Mais selon les circonstances : **la taille de la crèche est petite**. Mise en place du début du mois de décembre au début du mois de janvier : dates qui selon la Cour ne correspondent pas à Noël, qui **couvrent la période de Noël mais qui ne correspondent pas au calendrier religieux**. Le juge note que cette crèche est mise en place depuis des années, qu'elle



Les Fiches de la Corpo



SMEREP
Sécu étudiante & Mutuelle

sert en particulier à des manifestations laïques, notamment l'arbre de Noël des enfants des agents publics. Donc ici la crèche est une **tradition festive et pas un symbole religieux** donc la crèche est autorisée

- **Arrêt du Conseil d'État, « Commune de Melun »** : crèche dans l'enceinte d'un bâtiment public, siège de la collectivité publique. **Pas de manifestation particulière**, juste une crèche déposée pendant Noël => en l'absence de circonstances particulières la crèche est un symbole religieux donc il y a atteinte au principe de neutralité.

La liberté d'expression religieuse des personnes privées

Le principe est la liberté religieuse, **la liberté d'expression religieuse des personnes privées** —> inverse des personnes publiques. Cette liberté religieuse est explicitée à **l'article premier de la loi 1905** : les personnes privées peuvent non seulement librement porter des signes d'appartenance religieuse dans la rue, dans les lieux publics mais elles peuvent également exprimer librement leurs convictions religieuses dans les services publics => permet de ne pas imposer aux personnes privées, aux usagers une neutralité.

Les dérogations dans les services publics

Le Conseil d'État a été sollicité par le Gouvernement pour savoir s'il est possible d'interdire par voie réglementaire, le port du voile dans les écoles et collèges —> question posée au nom de la conception républicaine de l'école (lieu d'intégration où se crée l'égalité) : lieu où toutes les personnes sont traitées de la même façon, où les enfants peuvent se forger leur opinion.

Réponse du **Conseil d'État dans un avis du 27 novembre 1989** : NON, **le Gouvernement, par voie d'acte réglementaire, ne peut pas interdire le port du voile à l'école**, collège, lycée parce que le principe de laïcité implique la neutralité des personnes publiques mais pas celle des usagers qui au contraire bénéficient de la libre expression religieuse. **En revanche, les signes religieux eux peuvent être prohibés** :

- **S'ils nuisent au bon fonctionnement du service public** : exemple : voile quand on fait du sport.
- **Lorsque les signes religieux marquent un proxénétisme** : envie de vous convaincre => l'école reste un espace pacifié où les enfants sont les plus influençables.

Les avis que donnent le Conseil d'État sont supposés être une photographie de l'état du droit positif : **arrêt du Conseil d'État du 2 novembre 1992, « Kherroua »** : une élève est exclue parce qu'elle a refusé de retirer le voile. Le Conseil d'État **annule la sanction par l'application de la règle donnée dans l'avis de 1989** : libre expression religieuse pour les usagers du service public.

Le gouvernement ne peut pas prendre un décret pour contrer une jurisprudence, il doit passer par la loi : objet de la **loi du 15 mars 2004** qui **interdit le port de signes, de tenues par lesquels les élèves expriment ostensiblement leur appartenance religieuse**. Cette loi renverse l'état du droit tel qu'il résultait par le Conseil d'État et la **loi de 1905**. **La loi de 2004 déroge donc à la règle générale** qui vaut dans les autres cas : les personnes privées expriment librement leurs convictions religieuses. **En revanche, à l'université, c'est parfaitement légal de porter le voile**. L'université de Lille : le doyen avait interdit l'accès aux locaux universitaires aux femmes revêtues d'un foulard islamique, invoquant le trouble à l'ordre public. L'interdiction a été portée devant le Conseil d'État qui l'a annulée dans un **arrêt du 26 juillet 1996** : rendue avant la **loi de 2004** mais reste vraie car la loi ne vise que les écoles, collèges et lycées.

Une **décision de la Cour constitutionnelle allemande du 8 novembre 2016** permet aux jeunes filles de participer à toutes les activités, en portant le burkini —> pas possible de priver des jeunes filles de cours de sport donc le burkini est autorisé.

Arrêt de la CEDH du 10 janvier 2017 suisse : les jeunes filles pouvaient porter le burkini mais si les parents refusaient et dé-inscrire leurs filles du cours de piscine alors qu'il y avait la possibilité de porter le burkini, alors ils avaient une amende. La CEDH a répondu qu'il n'y avait **pas d'atteinte à l'expression religieuse**.

Les personnes privées dans l'espace public (exception)

Un espace public correspond à tout espace ouvert au public :



Les Fiches de la Corpo



SMEREP
Sécu étudiante & Mutuelle

La **loi du 11 octobre 2010** a **interdit le port du voile intégral dans l'espace public** : avant d'adopter cette loi, le gouvernement a saisi le Conseil d'État pour savoir s'il était possible d'interdire le port du voile intégral dans l'espace public ? **Avis du Conseil d'État de janvier 2010** : NON, **cette loi serait contraire à la Constitution car la liberté consiste à faire tout ce qui ne nuit pas à autrui**. Dès lors que le port du voile intégral ne constitue pas une menace pour l'ordre public, l'interdire est contraire à la Constitution.

Le gouvernement passe néanmoins outre l'avis et adopte la **loi du 11 octobre 2010** qui interdit toute tenue destinée à dissimuler son visage (vise évidemment le port voile intégral sans que ça soit dit de cette façon). Le gouvernement a pris un risque constitutionnel mais **le Conseil Constitutionnel lui a donné raison lorsqu'il a été saisi a priori** : **décision du Conseil Constitutionnel du 7 octobre 2010** : il ne censure pas la loi mais il ne donne pas beaucoup d'explications pour justifier sa décision. Il **se contente de dire que la sauvegarde de l'ordre public justifiait l'interdiction du voile intégral**.

Le système français est alors porté devant la CEDH lors d'un recours individuel d'une femme portant le voile intégral et qui est condamnée à effectuer un stage de citoyenneté d'une durée de 15 jours. Elle conteste cette condamnation au nom de la liberté d'expression des convictions religieuses. **La CEDH statue le 11 juillet 2014** en ne sanctionnant pas la France. Le gouvernement invoque la notion de « vivre ensemble », en disant que le port du voile intégral est interdit car l'espace public doit être un lieu d'interaction sociale et que le port du voile intégral exclue les femmes de ces échanges. **La Cour tient compte du fait que la sanction prévue en cas de port du voile intégral est très faible** → on touche à la limite de ce que l'État peut interdire comme manifestation d'expression religieuse au nom des valeurs.

2016, Affaire du burkini (après les attentats de Nice du 14 juillet 2016) : dans les arrêtés d'interdiction, les maires invoquent la neutralité et la laïcité. Les arrêtés sont des mesures réglementaires prises par des autorités de police administrative qui interdisent au nom de l'ordre public immatériel (qui serait composé d'une exigence de neutralité religieuse) tout recours de la Ligue des droits de l'homme. Le Tribunal administratif de Nice rejette donc ce recours sur le terrain du référé. Il **soutient que le port du burkini est l'expression du fondamentalisme religieux islamiste qui nourrit le terrorisme et qu'il est incompatible avec les valeurs essentielles de la communauté française et le principe d'égalité entre les sexes**.

Appel devant le Conseil d'État : **arrêt du Conseil d'État du 26 août 2016** : le Conseil d'État annule la décision du Tribunal administratif de Nice et suspend les arrêtés car **la neutralité et la laïcité ne font pas partie de l'ordre public que doit préserver l'autorité de police administrative**. À la limite, seule la loi pourrait interdire le port du burkini mais le risque constitutionnel est considérable.

Le principe de liberté d'expression religieuse des personnes privées dans l'entreprise

Affaire Babylou : un règlement intérieur d'une entreprise prévoit des restrictions d'expression religieuse au sein de cette entreprise. On s'est demandé si c'était possible puisque la neutralité religieuse n'est pas censée s'appliquer dans les lieux privés.

→ **Arrêt de la Cour de cassation du 25 juin 2014** : **le règlement intérieur peut limiter l'expression des signes d'appartenance religieuse si cette limitation n'est pas générale et si elle est justifiée par la nature des tâches accomplies par les salariés** (on peut exiger d'un salarié en contact direct avec les clients d'avantage de neutralité qu'un salarié sans contact avec la clientèle).

La **jurisprudence Babylou** a été consacrée par le législateur dans la **loi Travail du 8 août 2016** qui autorise **les règlements intérieurs des établissements à imposer des exigences de neutralité à condition que ces restrictions soient limitées et justifiées par le fonctionnement de l'entreprise**. Le fait de dire dans la loi que le principe de neutralité peut être imposé dans les entreprises est nouveau, c'est une exportation du principe de neutralité religieuse de l'État au sein de l'entreprise → **extension du principe de neutralité dans la sphère privée**.



Les Fiches de la Corpo



SMEREP
Séculaire étudiante & Mutuelle

• La liberté religieuse et l'intervention positive de l'État

L'article 1 de la loi de 1905 pose le principe de la liberté de culte mais pour que cette liberté soit effective, une intervention positive de l'État peut être requise. Le législateur a conscience que l'État doit intervenir pour permettre aux particuliers d'exercer leur culte puisque **l'article 2 de la loi de 1905** (sur la neutralité de l'État) prévoit un cas de dérogation d'absence de subvention par l'État : les **services d'aumônerie**. La question était de savoir si l'État pouvait, au nom de la liberté du culte, aller plus loin et financer davantage.

Le droit positif n'est pas très précis parce que les revendications sont assez nouvelles.

- Durant la première moitié du XX^{ème} siècle, la question était surtout celle de la **neutralité de l'État**.
- C'est vers la fin du XX^{ème} siècle que des revendications sont apparues, demandant à l'État de faire davantage.

L'intervention positive de l'État au sein des services publics pour les usagers

La question s'est notamment posée à propos des **menus de substitution**.

Dans les prisons, **la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009** protège la liberté religieuse des détenus (mais limites imposées par la sécurité et le bon ordre de l'établissement). On s'est alors demandé si l'administration pénitentiaire pouvait être tenue de fournir des menus de substitution.

Le **Conseil d'État, dans un arrêt du 25 février 2015**, refuse : l'administration n'est pas tenue car il y a des exigences liées au maintien du bon ordre et des contraintes matérielles dans une prison qui empêchent d'y voir une obligation.

La CEDH a eu à juger une affaire proche : **décision de la CEDH du 7 décembre 2010 « Jakobski »** : un détenu bouddhiste en Pologne demandait à bénéficier de repas végétariens mais la Pologne refuse donc il forme un requête individuelle devant la CEDH. La CEDH condamne alors la Pologne pour méconnaissance de **l'article 9 de la CEDH** qui garantit la liberté religieuse.

De la même manière, à l'école, la cantine n'est pas un service obligatoire : **arrêt de la Cour administrative d'appel de Lyon** : pendant 30 ans des écoles municipales proposaient un autre menu le jour où la cantine servait du porc. Mais en 2015, le maire décide de mettre un terme à cette pratique, invoquant la laïcité dans son volet neutralité. **Si la commune met en place des menus de substitution, c'est qu'elle prend en compte la conviction religieuse des usagers.** La question est alors de savoir si la neutralité de la personne publique doit s'appliquer aux personnes privées.

Arrêt de la Cour administrative d'appel de Lyon du 23 octobre 2018 : ces menus de substitution ne sont pas une atteinte à la neutralité et la laïcité de la personne publique. On ne pouvait mettre un terme à ces pratiques trentenaires car l'atteinte à l'expression religieuse dans un service public est possible si est en cause le bon fonctionnement du service. **Or, là le service public n'était pas affecté.**

Arrêt Cohen du 14 avril 1995 : sur les absences scolaires dans les établissements sollicitées pour des motifs religieux : est-ce que l'administration les accepte ? **La personne publique doit respecter la liberté religieuse des usagers qui peut imposer des dispenses, mais seulement si ça ne trouble pas le bon fonctionnement du service.** En l'espèce, le bon fonctionnement du service justifiait le refus d'aménagement (parce que les devoirs sur table étaient que le samedi matin et que l'élève voulait ne pas y aller pour le Shabbat).

L'intervention positive de l'État en dehors des services publics

Le financement par l'État des écoles privées confessionnelles

La loi Debré du 31 décembre 1959 permet à l'État de financer des écoles privées religieuses notamment en rémunérant les enseignants, à condition que ces écoles respectent elles-mêmes la liberté de conscience des élèves.

Le **23 novembre 1977, le Conseil Constitutionnel** est saisi d'une loi qui modifie la **loi Debré** : il est appelé à se prononcer pour la première fois sur le point de savoir si l'État pouvait financer des écoles privées confessionnelles. Il dit que oui, au nom de la liberté de l'enseignement (et fait de cette liberté un principe fondamental reconnu par les lois de la République).



Les Fiches de la Corpo



SMEREP
Sécu étudiante & Mutuelle

L'État et les édifices du culte

Depuis la Révolution, les édifices du culte ont été nationalisés mais la **loi de 1905** prévoit la possibilité pour les associations cultuelles de récupérer la propriété des édifices du culte : il est prévu pour cela que les religions s'organisent en associations cultuelles. Les religions juive et protestante acceptent et récupèrent leurs édifices. La religion catholique quant à elle refuse car le régime de l'association cultuelle était décentralisé, rendant impossible l'organisation hiérarchique et centralisée autour du Pape et des évêques de l'Église catholique.

Un traité est signé entre le Vatican et la France en 1924 crée un régime juridique ad hoc : **l'association diocésaine**. Cela ne signifie pas un transfert de propriété des édifices du culte vers l'Église, l'État a conservé la propriété des édifices du culte catholique mais l'Église est affectataire des édifices, en a la jouissance.

La loi de 1905 prévoit un **régime de réparation** : il est prévu que l'État peut participer à l'entretien et la réparation. En revanche, pour tout ce qui ne constitue pas le gros œuvre, ressurgit le principe de prohibition de financement posé par la **loi de 1905** (par exemple pour réparer un orgue).

Arrêt du Conseil d'État du 19 juillet 2011 « Commune de Trélazé » : **lorsqu'un intérêt public local le justifie, la personne publique peut donner davantage**. Il s'agissait de savoir si une commune pouvait financer un abattoir rituel. C'est au cœur de l'exercice du culte mais le Conseil d'État juge que la **loi de 1905** l'autorise car il y a un intérêt public local à ce que l'exercice de cette pratique religieuse se fasse correctement.

La liberté d'expression

Le contenu de la liberté d'expression

Elle peut prendre des formes multiples :

- Liberté d'exprimer ses convictions politiques.
- Liberté de création (exemple : peindre).

Cette liberté est énoncée à :

- **L'article 10 de la CEDH** : « toute personne a droit à la liberté d'expression ».
- **L'article 11 de la DDHC** : la liberté de communication des pensées est un droit précieux de l'homme.

Décision du Conseil Constitutionnel du 4 avril 2019 : le droit d'expression collective des idées et des opinions (liberté de manifester et de réunion) découle de la liberté de communication et d'expression —> l'expression est libre qu'elle soit publique ou privée.

Réunion, manifestation : une pluralité de participants se réunissent de façon momentanée dans un but précis, qui n'est pas récréatif mais intellectuel.

Il y a une différence de régime selon le lieu où se produit le regroupement de personnes :

- La réunion publique peut avoir lieu dans tous les lieux publics sauf sur la voie publique —> **loi du 30 juin 1881** : **régime de liberté totale** (pas besoin d'autorisation administrative ou de déclaration préalable)
- La manifestation peut elle avoir lieu sur la voie publique —> **décret-loi de 1935** : **régime de déclaration préalable**.

La liberté d'expression, ce n'est pas seulement une liberté de l'individu, c'est une **liberté politique**. La liberté d'expression intéresse le fonctionnement démocratique car elle permet un contrôle de l'État, des institutions publiques —> dans un **arrêt de la CEDH du 26 novembre 1991 « Sunday Times »**, la CourEDH dit à propos des médias que ce sont « les chiens de garde de la démocratie ».

Autre vertu de la liberté d'expression, **elle éduque le peuple** : **arrêt de la CEDH du 7 décembre 1976 « Handyside »** : le Royaume-Uni avait interdit la diffusion d'un ouvrage (le petit livre rouge des écoliers et des lycéens : kit de survie pour apprendre aux gens les rudiments de la vie amoureuse, du roulage de cigarette,



Les Fiches de la Corpo



...). Cela consistait-il en une atteinte ? La Cour répond que la liberté d'expression est essentielle pour le progrès de la société démocratique, pour le pluralisme, la tolérance, l'esprit d'ouverture. C'est par la liberté d'expression que vont être défendus des droits —> la liberté d'expression est un vecteur de promotion des autres droits et libertés ce qui justifie un niveau de protection très élevé (triple test de proportionnalité : adapté, nécessaire, proportionnel).

—> **Décision du Conseil Constitutionnel du 14 avril 2019** : le Conseil Constitutionnel répète toutes les vertus de la liberté d'expression. **Son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés.**

Distinction expression publique et privée

Expression publique : mettre à disposition du public un message. Signifie que l'émetteur n'a aucun choix sur le public, il ne choisit pas nominativement telle personne mais le public en général.

Expression privée : mise à disposition des personnes de votre choix d'un message.

Cette distinction est importante car le régime juridique est différent :

- **Correspondance privée** : protégée par le secret.
- **Expression publique** : c'est la liberté de circulation des messages.

Les limites portées à la liberté d'expression

Tous les textes consacrant la liberté d'expression prennent soin de préciser ces limites :

- **L'article 11 de la DDHC** prévoit cette limite sauf à répondre de l'abus de cette liberté. **Cela signifie que la liberté d'expression n'est pas absolue et qu'il existe des abus d'expression.**
- **Article 10 de la DDHC** : série de buts pouvant justifier légalement les atteintes à la liberté d'expression (sécurité nationale, intégrité territoriale, défense de l'ordre, réputation d'autrui).

2 grandes catégories de limites de la liberté d'expression :

- (1) On peut la limiter pour **protéger les droits d'autrui** : par exemple : respect de la vie privée ou présomption d'innocence (**article 9-1 du Code pénal**).
- (2) **L'ordre public** est également un frein puissant à la liberté d'expression.

Exemple 1 : l'ordre public matériel consistera à interdire au nom de la paix et la sécurité publiques les incitations à la violence, à commettre des crimes ou des délits.

Exemple 2 : l'ordre public immatériel consistera à interdire au nom de la santé publique la publicité pour le tabac.

Comment limite-t-on ? Par quels procédés ?

La France a penché pour un **régime répressif** : le principe est celui de l'**expression libre** mais les individus devront répondre pénalement des abus d'expressions depuis la **loi du 29 juillet 1881** prévoyant un régime répressif pénal.

Cependant ce régime cohabite avec des **régimes administratifs** : il existe des régimes d'autorisation préalable en matière de liberté d'expression. Exemple : la police du cinéma (régime de police administrative spéciale) : la projection de films est subordonnée à un visa d'autorisation. Mais il existe aussi un régime de police administrative générale : **affaire Dieudonné de janvier 2014** : cette affaire autorise l'intervention avant la mise à disposition au public du message. L'objectif de la **loi de 1881** est de supprimer la censure et donc l'intervention de l'autorité administrative préalable.

• Les limites pénales à la liberté d'expression

Le mécanisme de la **loi de 1881** est d'**instaurer un régime répressif**. Cette loi sur la liberté de la presse couvre toute forme d'expression publique (TV, radio, Internet, spectacle public) et opère un compromis car d'un côté elle fixe des limites à la liberté d'expression car on ne peut pas tout dire, et de l'autre elle institue des abus d'expression/infractions de presse. Elle fabrique un régime juridique et une procédure totalement adaptée, spécifique à ces infractions de presse (non soumises au droit pénal général).

Cette loi instaure un régime de **responsabilité en cascade** : ce qui est réprimé dans la **loi de 1881** ce sont les actes de publication, le fait de rendre public :



Les Fiches de la Corpo



- Celui dont la responsabilité va être recherchée en premier, c'est la personne **responsable de l'acte de publication** : l'éditeur/directeur/patron de la chaîne.
- La **responsabilité de l'auteur du message** : par exemple la responsabilité du journaliste dans l'hypothèse qu'on n'arriverait pas à mettre la main sur l'éditeur. Sa responsabilité peut être recherchée conjointement avec l'éditeur en tant que complice.
- Si on ne les retrouve pas, ce sera **l'imprimeur**.
- Enfin, le **marchand de journaux**.

Il existe une **présomption d'intention coupable** c'est à dire la personne responsable d'avoir rendu public ce message. Pour renverser cette présomption, le prétendu coupable a seulement 10 jours pour montrer qu'il n'est pas coupable et donc s'exonérer de sa responsabilité.

Ces spécificités sont accompagnées de **spécificités procédurales** (très encadrée/contraignante). Il existe par exemple des infractions de presse :

- D'abord, **l'acte de poursuite** : le plus souvent si une victime existe, elle ne peut pas déclencher de poursuites, c'est pourquoi l'acte de poursuite appartient au Procureur qui doit désigner précisément dans l'acte les propos qui constituent une infraction de presse et qui doit immédiatement les qualifier (une seule qualification, pas le droit de changer).
 - **La prescription** qui est très courte : au bout de trois mois, les faits ne peuvent plus être poursuivis, à compter de la publication.
- ⇒ Contraintes sur le ministère public afin de protéger la liberté d'expression : le ministère public frappe plus fort quand l'infraction se situe dans le Code pénal (exemple : apologiste du terrorisme) que lorsqu'elle se situe dans la **loi de 1881**.

Les messages prohibés pour protéger les droits d'autrui

L'injure et la diffamation

Deux incriminations destinées à protéger l'honneur d'une personne ou d'un groupe déterminé de personnes. La différence entre les deux est que l'injure consiste en des propos dévalorisants alors que la diffamation est l'imputation d'un fait reproché à une personne ou un groupe de personnes (exemple : traiter son voisin de voleur).

La différence est importante pour s'exonérer de sa responsabilité :

- Pour l'infraction d'injure, on peut s'exonérer par l'excuse de la provocation (c'est l'autre qui a commencé).
- Pour l'infraction de la diffamation, on peut invoquer la vérité des faits.

L'injure et la diffamation discriminatoires

C'est le **fait d'injurier ou de diffamer une personne en raison de son appartenance** religieuse, son sexe, son genre, son handicap. Elles ont été introduites par la **loi du 1er juillet 1972**, adoptée en France à la suite de la signature d'un **traité en 1965** (Convention Internationale sur l'élimination de toute forme de discrimination raciale) ratifié en 1971 qui impose aux États d'interdire par la voie législative toute discrimination envers les personnes.

Il n'existe pas de diffamation discriminatoire fondée ou de bonne foi. La **loi de 1972** prohibe l'injure et introduit la provocation à la discrimination : fait d'inciter les tiers à commettre des discriminations.

Les destinataires de l'injure ou de la diffamation

Qui selon la **loi de 1881** doit être atteint pour pouvoir qualifier l'atteinte d'injure ou de discrimination ? **Nécessairement un groupe de personnes mais jamais des idées.**

Exemple 1 : on ne peut pas dire que Marine Le Pen est une nazi mais on peut dire que le Front National est un parti nazi.

Exemple 2 : **arrêt de la Cour de cassation du 9 janvier 2018** : on ne peut pas dire que les homosexuels sont une abomination.



Les Fiches de la Corpo



SMEREP
Sécu étudiante & Mutuelle

D'autres règles l'interdisent comme l'**ordre public** : d'un point de vue pénal, il faut distinguer ce qui touche aux personnes et ce qui est prohibé. Cela signifie que la liberté d'expression ne signifie pas approuver, rester passif mais cela ne disqualifie pas en tant que message pénalement sanctionné des propos aussi choquants soient-ils sur des idées.

Par exemple : on peut dire tout ce que l'on veut sur les religions mais pas sur les religieux.

→ Procès suite aux caricatures de Mahomet : **arrêt du Tribunal de Grande Instance du 22 mars 2007 et confirmation en appel le 12 mars 2008** : Charlie Hebdo avait publié un dessin représentant Mahomet avec une bombe sous son turban. Il y a eu un recours contre le journal, au nom de la **loi de 1881** pour injure à caractère discriminatoire car il s'agissait d'une injure indirecte des personnes. Le Tribunal de Grande Instance **conserve la frontière ferme entre l'injure au symbole et l'injure au croyant** : ce dessin a un caractère choquant voir blessant pour la sensibilité des musulmans mais il s'agit simplement d'un blasphème, or l'atteinte au symbole religieux n'est pas réprimé en droit français. À la différence de l'injure qui est une atteinte personnelle et directe dirigée contre une personne ou un groupe de personnes en raison de leur appartenance religieuse.

→ **Arrêt de la CEDH du 13 septembre 2005 « Turquie »** : des poursuites pénales sont engagées contre un écrivain qui racontait les frasques du prophète. Selon la CEDH, les croyants peuvent légitimement se sentir attaqués de manière injustifiée et offensante par certains passages. Ces attaques concernant des questions jugées sacrées par les musulmans pouvait raisonnable répondre à un **besoin social impérieux**.

Cependant en France, on conserve la croyance ferme entre symbole et croyants :

- **Arrêt de la Cour de cassation du 14 novembre 2006** : une pub parodie la Cène de Jésus telle que peinte par Léonard de Vinci. Un recours est formé pour injure discriminatoire. La Cour de cassation répond que cela **touche à un symbole donc ce n'est pas une offense aux croyants**, donc pas de poursuites contre l'éditeur de cette affiche.
- **Arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 14 février 2006** : un tract était distribué pour le port du préservatif sur lequel il y avait une iconographie religieuse. La Cour de cassation répond que **si le tract litigieux a pu heurter la sensibilité de certains catholiques, son contenu ne dépasse pas les limites admissibles de la liberté d'expression**.

→ La frontière existe mais elle est difficile à tenir.

Les messages prohibés pour protéger l'ordre public

Toutes les infractions (injure/diffamation) ont toujours comme horizon la **protection de l'ordre public, la société au-delà de l'individu**. Les messages sont interdits directement pour protéger l'ordre public sans passer par l'intermédiaire d'un individu car on considère que certains messages sont mauvais, nocifs au public
→ l'ordre public dont il est question, est le même que l'ordre public en matière de police administrative : c'est l'ordre public matériel (sécurité, salubrité, tranquillité) et immatériel (socle de valeurs protégé en tant que tel).

Question : l'État peut-il intervenir pour interdire un discours au seul motif que l'État le juge pathogène pour la société ?

Les messages interdits pour protéger l'ordre public matériel

Le maintien de la sécurité, de la salubrité fait partie des objectifs de l'État. Par exemple : la provocation à commettre des infractions constitue un **message interdit car les conséquences constituent un trouble à l'ordre public matériel**.

La loi de 1881 distingue la provocation à commettre des infractions suivies d'effet et la provocation non suivie d'effet :



Les Fiches de la Corpo



SMEREP
Sécu étudiante & Mutuelle

- **Provocation suivie d'effet** : quel que soit l'infraction que l'on invite à commettre, c'est sanctionnée pénalement.
- **Provocation non suivie d'effet** : le champ d'infraction est plus limité (on incite à commettre une infraction mais elle n'est pas réalisée). Mais certaines provocations sont quand même sanctionnées : la provocation à commettre des atteintes à la vie, à l'intégrité physique, des agressions sexuelles, commettre actes terroristes.

Certains comportements nuisant à l'ordre public sont interdits même s'ils ne sont pas suivis d'effet (car ils pourraient l'être à terme).

- **Interdictions de certaines publicités** : comme celle du tabac (**loi du 9 juillet 1976**).
 - **Interdiction des publicités pour les alcools** (moins absolu mais très réglementé).
- ⇒ Ce sont des messages interdits au nom de l'ordre public matériel, au nom de la santé publique.

La protection de l'ordre public immatériel

Certains messages vont être interdits car on considère qu'ils affectent un socle de valeurs que l'État se donne à respecter. Ce sont des discours pathogènes, de haine qui sont interdits.

Comparaison entre la position américaine et la position européenne

Est-ce que l'on peut interdire des messages que l'État considère comme pathogène pour les valeurs de la société ?

Aux Etats-Unis, on ne peut pas : **1er amendement du Bill of Rights** : le congrès ne fera aucune loi pour limiter la liberté d'expression.

- Les messages portant atteinte aux droits des tiers sont interdits : injures, diffamation.
- Des messages dont les effets sont violents pour la société sont interdits : « fighting words », les mots coups de poing.

Mais **le principe reste que l'État ne peut pas interdire un message en raison de son contenu, car son contenu choque** (tradition américaine : l'individu est protégé contre les intrusions de l'État). Cela implique une **neutralité absolue de l'État** : toutes les idées doivent être à égale concurrence, l'État ne doit pas s'en mêler en interdisant un certain nombre de messages. Mais rien n'interdit dans la sphère privée que des codes de conduite (vestimentaires, d'expression) puissent être imposés (mais pas dans la sphère publique).

La conception européenne est très différente : **les États peuvent interdire ces discours de haine, que l'État estime pathogènes**. Le principe est qu'on ne donne pas de liberté aux ennemis de la liberté.

Dans le système de la ConventionEDH, il existe des outils juridiques permettant d'interdire la liberté d'expression à ceux qui combattent la liberté : **article 10 de la CEDH** : **principe de la liberté d'expression** qui dresse une liste de tous les motifs légitimes susceptibles de limiter la liberté d'expression (sécurité nationale, intégrité territoriale, défense de l'ordre, protection de la santé/morale) => motifs pouvant légitimement limiter la liberté d'expression.

- **Décision de la CEDH du 2 octobre 2008 « Leroy contre France »** : après les attentats du 11 septembre 2001, un journal publie un dessin qui représente les attentats : « nous en avons tous rêvé, le Hamas l'a fait », ce qui correspond à une glorification des attentats. L'auteur du dessin a été accusé sur le fondement de la **loi de 1881** en tant que complice d'apologie du terrorisme (avant que l'infraction bascule dans le Code pénal). Il va devant la CourEDH et revendique une atteinte à la liberté d'expression. Mais la CourEDH répond que **le motif d'interdiction, que porte atteinte aux valeurs que défend l'État français, est un motif légitime pour limiter la liberté d'expression**.

La CourEDH s'est fondée sur :

- **Article 10 de la ConventionEDH**.
- Les limites de la recevabilité :
 - **Article 17 de la Convention** : les dispositions de droits et libertés qui sont garantis ne peuvent être utilisés par des personnes qui veulent combattre ces mêmes droits et libertés.
 - **Article 35 de la Convention** : permet à la Cour de déclarer irrecevable une demande individuelle utilisant la Convention pour détruire les principes de la Convention.



Les Fiches de la Corpo



SMEREP
Sécu étudiante & Mutuelle

Exemple : **arrêt de la CourEDH du 10 novembre 2015 « Dieudonné »** : condamné par la Cour de cassation pour ses spectacles où il avait tenu des propos racistes sous le timbre de la **loi de 1881**. Requête individuelle devant la CourEDH sur le fondement de l'**article 10 de la ConventionEDH**. La Cour ne va même pas examiner au fond le litige, elle se contente de constater que dans cette affaire, il y a un usage abusif de la liberté d'expression ce qui explique l'irrecevabilité (motif : abus de droit).

Le droit français

Il existe des messages qui sont interdits car on les considère comme des messages haineux, pathogènes pour la société.

- Apologie d'un certain type d'acte :

Le législateur a choisi certains types d'infractions dont on ne pouvait pas faire l'apologie :

- Atteinte à l'intégrité de la personne.
- Agressions sexuelles.
- Atteinte volontaire à la vie.
- Actes terroristes.
- Crimes contre l'humanité : définition dans le **Code pénal aux articles 211-1 et suivants** : le crime contre l'humanité couvre :
 - Le génocide c'est à dire la destruction d'une partie de la population dans le cadre d'un plan concerté.
 - La réduction en esclavage lorsqu'elle résulte d'un plan concerté.
 - La torture.
 - Le viol.

- Prohibition de la négation de certains crimes contre l'humanité : négationnisme/révisionnisme.

Négationnisme : jusqu'en 2017, ce qui était interdit était le fait de nier un crime : **la Shoah** c'est à dire l'extermination des juifs pendant la Seconde Guerre Mondiale. Mais à **partir de 2017**, le négationnisme s'est étendu à d'autres crimes contre l'humanité.

Introduction en droit français de la **loi Gayssot du 13 juillet 1990** qui pénalise le négationnisme des crimes contre l'humanité pendant la Seconde Guerre Mondiale, dont les auteurs de ces crimes ont été déclarés coupable par le Tribunal de Nuremberg ou la juridiction française.

La **loi Gayssot** intervient dans un contexte particulier : essor du Front National : Jean Marie Le Pen soutient à la télévision que les chambres à gaz étaient un détail de l'histoire. Les thèses négationnistes se multiplient or ces propos ne pouvaient pas être condamnés ni par l'apologie ni par la provocation => angle mort.

- **Arrêt de la CourEDH du 24 juin 2003 « Garaudy »** : négationniste condamné sous la **loi de 1881**. La CourEDH répond que « *contester la réalité de faits historiques clairement établis tels que l'holocauste ne relève pas d'une recherche historique mais il s'agit de réhabiliter le régime national socialiste et par voie de conséquence d'accuser de falsification de l'histoire les victimes elles-mêmes. Ainsi la contestation d'un crime contre l'humanité est une des formes les plus aiguës d'incitation raciale contre les juifs et d'incitation à la haine à leur égard* ».

Le **Conseil Constitutionnel** affirme dans une **décision du 28 février 2012** qu'il est **possible d'étendre l'incrimination du négationnisme à d'autres crimes contre l'humanité mais à certaines conditions**.

Dans les années 90, le législateur adopte des **lois mémorielles** qui proclament quelque chose sans qu'il y ait de portée juridique attachée à cette loi.

Exemple 1 : **Loi du 11 juin 1994** : « *La République témoigne sa reconnaissance aux Harkis pour les sacrifices qu'ils ont consentis* ».

Exemple 2 : **Loi du 29 janvier 2001** : reconnaît le génocide arménien commis en Turquie en 1915.

Exemple 3 : **Loi du 21 mai 2001** : « *La République reconnaît que la traite des noirs et l'esclavage perpétrés à partir du XVème siècle est un crime contre l'humanité* »



Les Fiches de la Corpo



SMEREP
Séculier étudiant & Mutuel

Ces lois se contentent de déclarer, sans effets juridiques. Le législateur entend donner à ces lois mémorielles des conséquences juridiques : une **loi de 2012** énonce : « *Quiconque niera l'existence de crimes contre l'humanité qualifiés comme tel par la loi, sera coupable de négationnisme* » —> pénalement réprimé.

- **Décision du Conseil Constitutionnel du 28 février 2012 (contrôle a priori)** : le Conseil Constitutionnel censure et affirme que le législateur ne peut pas incriminer le fait de contester l'existence de faits qu'il a lui-même et lui seul qualifié de crimes contre l'humanité du fait de la nécessité du respect de la liberté d'expression.

En effet, la **Loi Gayssot** ne dit pas que la Shoah est un crime contre l'humanité, elle dit que quiconque le contestera sera puni. C'est donc l'existence de la Shoah qui a fait l'objet de condamnations judiciaires venant attester/tamponner l'existence et la qualification juridique de crimes contre l'humanité. **L'exigence de condamnations judiciaires est un filet de sécurité qui évite que le législateur décide que tel fait juridique en dehors de tout jugement est un crime contre l'humanité.**

Autre décision : **décision du Conseil Constitutionnel du 08 janvier 2016, QPC** : un écrivain négationniste est poursuivi et condamné. Il conteste la **Loi Gayssot** pour 2 motifs :

- La **pénalisation du négationnisme** (le fait de dire que la Shoah n'a pas existé) : la liberté d'expression ne s'accommode pas d'une loi permettant des faits historiques, même si s'ils donnent lieu à une condamnation judiciaire.
- **L'inégalité devant la loi** : car d'autres crimes contre l'humanité devraient être couverts par l'incrimination du négationnisme.

La loi du 27 janvier 2017 suit le Conseil Constitutionnel dans sa jurisprudence et étend l'incrimination du négationnisme à d'autres crimes contre l'humanité :

- **Loi Gayssot** (instrument de combat contre l'antisémitisme) : l'incrimination de la seule Shoah a provoqué un effet contreproductif.
- La France a ratifié un protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité adopté dans le cadre du Conseil de l'Europe. Un des **protocoles additionnels adoptés en 2003 vise à lutter contre le négationnisme** : les États s'engagent à incriminer le négationnisme.

Dans cette **loi de 2017**, 2 incriminations nouvelles apparaissent :

- **1^{ère}** : « *Est pénalement condamné le fait de nier/minorer d'autres crimes contre l'humanité (que la Shoah) dès lors qu'ils ont donné lieu à une condamnation prononcée par une juridiction française ou internationale.* » —> Le législateur est dans les clous de la jurisprudence constitutionnelle : il **faut une décision de justice qualifiant les crimes d'être contre l'humanité.**
- **2^{ème}** : « *Est pénalement sanctionné le fait de nier/... des crimes contre l'humanité autres que la Shoah, dès lors que cette négation s'accompagne d'une incitation à la violence ou d'une incitation à la haine discriminatoire.* »

Le négationnisme est une forme exacerbée de discrimination (exemple : génocide/crime de guerre). L'objet de cette incrimination est donc d'interdire des négationnistes qui n'ont pas fait l'objet de condamnations judiciaires par le juge. Donc le législateur avec le recours à cet artifice, veut marquer ladite avancée.

- **Censure du Conseil Constitutionnel dans une décision du 26 janvier 2017** : **il faut, pour que le négationnisme soit incriminé, que les faits aient donné lieu à des condamnations judiciaires.** Cette exigence est liée à la liberté d'expression. On atteint ainsi la limite extrême de ce que l'État peut interdire comme discours.

- **Internet et la liberté d'expression**

Comme en matière de presse, la création de sites est libre, aucun mécanisme d'autorisation / déclaration préalable n'est nécessaire. Mais sur internet, comme en matière de presse, les propos/messages connaissent les mêmes limites.

La loi de 1881 s'applique à internet mais internet pose des questions tout à fait spécifiques pour 2 raisons :

- (1) **Les abus / infractions de presse (loi de 1881)** sur internet sont considérables.



Les Fiches de la Corpo



SMEREP
Sécu étudiante & Mutuelle

(2) Absence de maîtrise par les acteurs d'internet de ces messages/contenus illicites.

Quand internet apparaît (1996), il s'agit d'un moyen de communication unilatéral classique par lequel les informations sont délivrées. Il y a un peu d'interactivité avec la messagerie privée donc il y a la possibilité pour les humains d'utiliser internet pour communiquer, mais uniquement de façon privée.

Dans les années 2000, il devient possible aux internautes de communiquer publiquement sur des blogs, sur des forums, sites, YouTube etc → les internautes sont devenus les acteurs de la liberté de communication publique. Avant, on bénéficiait de la liberté de communication publique, mais qui était très virtuelle (il était rare d'aller à la télévision, d'écrire pour les journaux) mais dans les années 2000, on assiste à une **démocratisation de la communication publique**. C'est ce que reconnaît explicitement le **Conseil Constitutionnel dans une décision du 10 juin 2009 « ADOPI »** : une loi autorisait ADOPI à bloquer l'accès à internet aux personnes qui avaient piraté internet. Le Conseil Constitutionnel affirme que non seulement internet est un outil d'information, mais pire, on prive aussi de sa liberté d'expression, de sa possibilité de s'exprimer publiquement, librement, or une autorité administrative ne peut pas détenir ce pouvoir donc il censure.

Comment faire lorsque les acteurs d'internet ne disposent pas d'une parfaite maîtrise des contenus ?

La détermination du responsable sur internet

Quels sont les acteurs que le législateur identifie ? Il y en a 4 qui sont identifiés dans la **loi pour la confiance dans l'économie numérique du 21 juin 2004** : cette loi est encore en vigueur et modifie une disposition de la **loi du 29 juillet 1982** :

● Les prestataires techniques :

- Les fournisseurs d'accès internet (FAI) : Orange, Bouygues, SFR, Free qui nous permettent d'obtenir le réseau
- Les hébergeurs : ceux qui stockent les images, les écrits comme Facebook ou YouTube.

● **Les éditeurs de service** : ceux qui ont la responsabilité éditoriale (déterminent le contenu) et donnent le feu vert pour la publication. Les éditeurs professionnels doivent faire figurer leurs noms. S'ils ne sont pas professionnels, ils ne sont pas tenus de le faire mais le nom est alors obligatoirement transmis à l'hébergeur (même si notre public ne le connaît pas). L'hébergeur doit maintenir secrète notre identité (mais il est possible de le transmettre aux autorités de police).

● **Les producteurs** : **La loi de 1982** vise la communication audiovisuelle (télévision/radio) et parle de la responsabilité de l'éditeur et du producteur. Le producteur est celui qui assure la maintenance du site, pas celui qui décide du contenu mais organise la présentation physique du site.

La responsabilité de l'éditeur et du producteur

En matière de presse écrite, ce n'est pas à titre premier l'auteur du message illicite qui est poursuivi, **c'est l'éditeur qui est poursuivi**. Cette responsabilité a du sens car **l'éditeur est responsable de l'acte de publication, il est donc responsable des propos illicites qui ont été rendus publiquement**. **La loi de 1881 condamne l'acte de publication**. Mais si le message n'est pas fixé, il ne peut pas être responsable.

→ **Loi LCEN** : l'éditeur est responsable uniquement si le message est préalablement fixé. **Problème** : quand les messages ne sont pas préalablement fixés, la responsabilité n'est pas recherchée. **Exemple** : site avec page collaborative, de forum de discussion, le message reste fixé ; cette exigence restreignait trop la responsabilité de l'éditeur et en même temps, elle l'étendait trop aussi.

En effet, il arrive sur certains sites que les internautes ne publient pas immédiatement (**exemple** : Allo-Ciné, Wikipédia), le message est d'abord lu par un modérateur : **filtre préalable**.

Mais dans d'autres situations, il n'y a pas de vrai modérateur : filtre automatique, mécanique, **c'est uniquement quand le message est publié que le modérateur intervient** donc même si dans la pratique l'éditeur n'en avait pas connaissance, comme ce message n'avait, d'un point de vue technique, pas été en ligne, la responsabilité n'a pas été engagée.

- **Le 12 juin 2009**, le législateur intervient : **que le message soit fixé ou non, la responsabilité de l'éditeur n'est pas engagée s'il n'avait pas connaissance du message ou si dès qu'il en a eu connaissance, il l'a retiré**.



Les Fiches de la Corpo



Mais alors qui est responsable quand l'éditeur ne l'est pas ?

- La Cour de cassation a jugé dans un **arrêt du 16 février 2010** que **le producteur était responsable quand l'éditeur n'est pas responsable, mais seulement si le producteur existe** (donc le webmaster). Cette jurisprudence a fait l'objet d'une QPC.
- Le **Conseil Constitutionnel a donc été saisi le 16 septembre 2011** : pour lui, **cette jurisprudence revient à instaurer une responsabilité automatique de plein droit du producteur alors qu'il y a des cas où le producteur n'a pas connaissance du message, notamment lorsque la modération intervient ex-post** → censure du Conseil Constitutionnel. Depuis cette décision, **la responsabilité du producteur est alignée sur celle de l'éditeur : il est responsable uniquement s'il avait connaissance du contenu.**

Responsabilité des prestataires techniques

Les hébergeurs ne sont pas responsables de l'acte de publication : ils n'ont aucune maîtrise éditoriale sur le contenu et ne doivent pas en avoir.

La « **neutralité du net** » pose la règle selon laquelle ils doivent « transmettre et stocker » sans aucun regard et sans aucune surveillance des contenus. Cependant cela pose des problèmes car certains contenus sont plus ou moins lourds et coûtent plus cher à passer dans les tuyaux. Néanmoins, Internet repose sur cette liberté : chacun peut mettre en ligne des contenus et les réseaux ne s'en occupent pas.

Exemple : La loi de 1947 sur la Liberté de la Presse : les journaux doivent s'écouler sur tout le territoire sans aucun contrôle du contenu. Un marchand de presse n'a pas le droit de décider de ne pas vendre tel titre. Tous les numéros doivent être distribués par les marchands de journaux qui n'ont aucun droit de regard sur le contenu (idem pour internet).

Donc selon l'**article L.33-1 du Code des Postes** : **tous les prestataires techniques (FAI et hébergeurs) ne peuvent pas être soumis à une obligation générale des informations qu'ils transmettent et stockent.**

Le législateur a prévu un type particulier de responsabilité pour les hébergeurs et fournisseurs internet liée à leur obligation de collaboration : comme ce sont des acteurs piliers dans la transmission d'informations, pèsent sur eux des obligations particulières. Ces obligations consistent notamment en ce qu'ils doivent nécessairement prévoir un dispositif à destination des internautes qui leur permettent (aux internautes) de signaler des contenus illicites (exemple : pornographie, apologie) et ainsi saisir les autorités judiciaires.

Enfin, pour les hébergeurs (pas les fournisseurs), **une responsabilité particulière est engagée** (qui ressemble à celle des éditeurs) : **quand ils ont connaissance d'un contenu illicite mais n'ont pas agi promptement / rapidement pour en empêcher l'accès** → en vrai c'est plus l'éditeur qui voit sa responsabilité se rapprocher de celle de l'hébergeur que le contraire.

- Dès lors que les auteurs de messages illicites sont introuvables, on compte beaucoup sur eux pour filtrer les discours de haine.

L'efficacité de la sanction sur internet

La prescription en matière de presse est de **3 mois à compter de l'acte de publication**. Donc si aucune poursuite n'est faite dans les 3 mois, les messages illicites restent (vrai en matière de presse/livre/bibliothèques etc.), et deviennent donc accessibles *ad vitam eternam*. Mais certains délits de presse ont une **prescription de 1 an (loi de 1881)**.

Pour obtenir la suppression d'un message illicite, il y a 2 façons d'agir :

- **Façon soft** : **saisir l'éditeur/l'hébergeur et lui demander de retirer le contenu litigieux ou illicite.** Le site n'est pas remis en cause, mais les propos ciblés peuvent être supprimés à la demande du juge.
- **Façon brutale** : **demande aux fournisseurs d'accès internet de supprimer le site** : c'est alors l'ensemble du site qui est bloqué, personne ne peut y accéder. Parfois le juge ne peut pas faire autrement, notamment quand l'hébergeur/éditeur est à l'étranger.



Les Fiches de la Corpo



La Cour de cassation a affirmé que quand existent des contenus illicites mis en ligne à l'étranger par un éditeur ou que des données sont stockées par un hébergeur à l'étranger, alors le seul problème est l'exécution de la condamnation : il faut que le jugement rendu en France s'applique à l'étranger.

Exemple : Aux États-Unis, la vente par la maison mère de Yahoo des objets nazis est accessible sur le territoire français. Cependant en France, c'est contraire à la loi de 1981 donc il y a eu une condamnation par le juge français dans un **arrêt du Tribunal de Paris datant du 22 mai 2000 : l'exequatur ne peut pas être donnée car selon le 1^{er} amendement, la vente d'objets nazis relève de la liberté de mettre en ligne, de la liberté d'expression**. La **Cour fédérale américaine le 12 janvier 2006** a rejeté les arguments et a dit que « **la France est en droit d'adopter des lois contre la propagande nazi** ».

Le problème est que ces procédures judiciaires prennent du temps, le législateur a donc considéré que justement, en raison de cet effet, il y a des cas où on ne doit pas attendre : **des messages sont si nocifs qu'il faut pouvoir les supprimer immédiatement sans attendre la procédure judiciaire** : c'est ce que prévoit la **loi sur la confiance dans l'économie numérique** qui prévoit des blocages de sites.

Il est possible que l'administration décide par elle-même sans passer par des procédures judiciaires dans 2 cas :

- Cas n°1 : Les sites pédopornographiques.
- Cas n°2 : Les sites de provocation à commettre des actes terroristes.

En réalité, cette procédure en 2 étapes se trouve entre les mains du Ministre de l'intérieur :

- Il doit demander à l'éditeur ou à l'hébergeur de retirer le contenu (images pédopornographiques ou contenu apologique).
- Si dans les 24h il n'a pas procédé à ce retrait, l'administration, le Ministre de l'intérieur demandera aux FAI de bloquer le site —> il existe toutefois des recours contre cette mesure de blocage.

Cette procédure n'est cependant pas très efficace car si on bloque un site, rien n'empêche de transvaser le contenu vers un autre site internet (site miroir). **La sanction sur internet est donc extrêmement compliquée.**