



## Commentaire

### Décision n° 2020-889 QPC du 12 mars 2021

*M. Marc A. et autres*

*(Technique de l'encerclement dans le cadre du maintien de l'ordre)*

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 21 décembre 2020 par la Cour de cassation (chambre criminelle, arrêt n° 3106 du 15 décembre 2020) d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) posée par M. Marc A. et autres portant sur la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de l'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure.

Dans sa décision n° 2020-889 QPC du 12 mars 2021, le Conseil constitutionnel a déclaré conformes à la Constitution les mots « *et de l'ordre publics* » figurant au deuxième alinéa de l'article 1<sup>er</sup> de la loi précitée du 21 janvier 1995, dans cette rédaction.

#### **I. – Les dispositions contestées**

##### **A. – Historique et objet des dispositions contestées**

##### **1. – La reconnaissance d'un droit fondamental à la sécurité**

\* La loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité (LOPS), dite « *Pasqua* », constitue une réforme importante en matière de sécurité intérieure, tant par son ambition que par l'étendue des domaines couverts par ses dispositions – y compris de manière indirecte<sup>1</sup> – au contenu hétéroclite.

Dans sa rédaction initiale, cette loi comportait en effet à la fois des dispositions à visée déclarative ou programmatique, définissant les objectifs généraux et les orientations de la politique de sécurité<sup>2</sup>, des dispositions relatives aux moyens attribués à la police nationale pour la période allant de 1995 à 1999 et des dispositions

---

<sup>1</sup> Un commentateur a relevé que cette loi, « *contenant diverses dispositions normatives, [était] aussi un programme d'action supposant pour sa mise en œuvre l'adoption d'autres textes législatifs et réglementaires* » (Jean-Pierre Théron, « Commentaire sur les dispositions concernant la vidéosurveillance et les manifestations sur la voie publique de la loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité », *AJDA*, 1995, n° 3, p. 207).

<sup>2</sup> L'article 2 renvoie en particulier à un rapport, annexé à la loi, relatif aux orientations de la politique de sécurité.

régissant plus directement les attributions de la police municipale, le recours à des dispositifs de vidéosurveillance ou encore l'encadrement des manifestations sur la voie publique<sup>3</sup>.

Il ressort de l'exposé des motifs du projet de loi que son objet premier était de « *propose[r] au Parlement l'adoption de la politique que le Gouvernement souhaite mettre en œuvre pour améliorer la sécurité des Français* », dans un contexte marqué par la montée d'un sentiment d'insécurité lié à la croissance de la délinquance, particulièrement en zone urbaine<sup>4</sup>.

\* Avant d'exposer les orientations et les moyens de cette politique, le législateur a souhaité qu'il soit « *rappelé solennellement que le droit à la sécurité est un des droits fondamentaux dont l'État a le devoir d'assurer le respect* »<sup>5</sup>.

C'est l'objet de l'article 1<sup>er</sup> de la LOPS du 21 janvier 1995 qui, dans sa rédaction initiale, comportait deux alinéas ainsi rédigés :

*« La sécurité est un droit fondamental et l'une des conditions de l'exercice des libertés individuelles et collectives.*

*« L'État a le devoir d'assurer la sécurité en veillant, sur l'ensemble du territoire de la République, à la défense des institutions et des intérêts nationaux, au respect des lois, au maintien de la paix et de l'ordre publics, à la protection des personnes et des biens ».*

Cet article 1<sup>er</sup> avait d'abord pour objectif, par la consécration d'un « *droit à la sécurité* » assuré par l'État, de redéfinir la notion de sécurité. Cette intention ressort notamment du rapport fait au nom de la commission des lois par M. Paul Masson, qui indique que l'article 1<sup>er</sup> fait « *évoluer le concept même de sécurité, érigé en véritable droit alors qu'il ne constituait jusqu'à présent qu'un élément parmi d'autres du cadre de la vie en société, dont l'État garantissait le maintien à travers*

---

<sup>3</sup> Voir par exemple l'article 16 de la loi qui a inséré, après l'article 2 du décret-loi du 23 octobre 1935 portant réglementation des mesures relatives au renforcement du maintien de l'ordre public, un article 2 *bis* permettant au préfet, lorsque les circonstances font craindre des troubles graves à l'ordre public à l'occasion d'une manifestation ou qu'une manifestation n'a pas été déclarée, d'interdire, pendant les vingt-quatre heures qui la précèdent et jusqu'à sa dispersion, le port et le transport, sans motif légitime, d'objets pouvant constituer une arme au sens de l'article 132-75 du code pénal. Ces dispositions sont aujourd'hui codifiées à l'article L. 211-3 du code de la sécurité intérieure.

<sup>4</sup> L'exposé des motifs du projet de loi indique plus précisément : « *depuis quelques années, dans la société française, le sentiment de sécurité, loin de progresser, régresse parce qu'objectivement la délinquance croît en France, tout particulièrement en zone urbaine* » (projet de loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité, n° 543, déposé au Sénat le 22 juin 1994).

<sup>5</sup> *Ibidem*.

les "missions de sécurité" ». Ce rapport ajoute qu'est ainsi conféré « *un contenu supplémentaire au droit de "sûreté" visé à l'article II de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* » puisque « *La sûreté, dont l'objet essentiel était jadis de protéger l'homme contre les atteintes que pouvait lui porter l'État, serait désormais un devoir de l'État en vue de protéger l'homme contre les atteintes causées par d'autres* »<sup>6</sup>.

L'article 1<sup>er</sup> de la loi du 21 janvier 1995 précise, à son second alinéa, que ce devoir de l'État doit être assuré par l'exercice de différentes missions :

- la défense des institutions et des intérêts nationaux ;
- le respect des lois ;
- le maintien de la paix et de l'ordre publics ;
- la protection des personnes et des biens.

Si les travaux parlementaires font état de débats autour de « *la valeur réellement normative – et donc la nécessité législative – d'une telle disposition de principe* »<sup>7</sup> dont certains sénateurs ont dénoncé l'inutilité<sup>8</sup>, son adoption a été jugée essentielle pour témoigner de la « *volonté du Gouvernement d'inclure la sécurité parmi les priorités nationales* » et énoncer un « *droit général reconnu à chacun* » dont l'ensemble des dispositions de la loi doit permettre d'assurer l'effectivité. L'article 1<sup>er</sup> est ainsi présenté comme ayant « *le mérite incontestable d'inscrire dans la loi un principe fort et qui servira désormais de référence, tant à l'État et aux autres personnes morales qu'aux personnes privées* »<sup>9</sup>.

\* La rédaction de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 21 janvier 1995 a par la suite été modifiée à deux reprises.

Elle a d'abord été modifiée par la loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à

---

<sup>6</sup> Rapport n° 564 (Sénat – 1993-1994) de M. Paul Masson, fait au nom de la commission des lois, déposé le 30 juin 1994.

<sup>7</sup> Rapport précité de M. Paul Masson. Sur cette question, voir l'analyse de Véronique Champeil-Desplats, « Les enjeux normatifs de la fondamentalisation du droit à la sécurité », in Marc Touillier (dir.), *Le code de la sécurité intérieure : artisan d'un nouvel ordre ou semeur de désordre ?*, Dalloz, 2017, p. 81.

<sup>8</sup> L'annexe du rapport mentionne en particulier une objection de M. Dreyfus-Schmidt jugeant « inutile » l'article de la loi qui, « à ses yeux », ne serait qu'une « simple pétition de principe dépourvue de valeur normative et redondante avec la Déclaration des droits de 1789 ».

<sup>9</sup> Rapport précité de M. Paul Masson. Pour les commentateurs de l'article L. 111-1 du code de la sécurité intérieure édité par Dalloz, « ce "droit fondamental à la sécurité" constitue [...] un droit législatif fondamental, c'est-à-dire un droit législatif considéré par le législateur comme revêtant une certaine "fondamentalité" : il s'est agi de répondre à l'aspiration grandissante des citoyens à toujours davantage de sécurité au moment où celle-ci constitue, plus que jamais pour eux, un droit fondamental. Par ailleurs, le droit fondamental à la sécurité tel que reconnu par le législateur ne crée aucun droit au profit des personnes, et ne les soumet pas plus à une obligation nouvelle, de même qu'il ne confère pas à l'autorité administrative de pouvoirs dont elle ne dispose déjà ».

la sécurité quotidienne, qui lui a ajouté un troisième alinéa en vertu duquel : « *L'État associe, dans le cadre des contrats locaux de sécurité, les collectivités territoriales et les établissements publics de coopération intercommunale, qui participent également à la politique de sécurité. D'autres personnes, morales et privées, et notamment les associations, les bailleurs sociaux et les entreprises de transport, peuvent concourir à l'élaboration et à la mise en œuvre de ces contrat* ».

Cet ajout visait principalement à intégrer la notion de « coproduction » en matière de sécurité<sup>10</sup>, selon laquelle l'association d'une multiplicité d'acteurs, autres que l'État, est nécessaire pour mener une politique efficace de sécurité.

La loi du 15 novembre 2001 a également modifié la rédaction des deux premiers alinéas de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 21 janvier 1995, notamment pour compléter le premier alinéa par la référence au fait que « *la sécurité [...] est une condition de l'exercice des libertés et de la réduction des inégalités* ».

La loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure est revenue sur ces dernières modifications. Cette loi a, d'une part, rétabli les rédactions initiales des premier et deuxième alinéas de l'article 1<sup>er</sup> de la LOPS et, d'autre part, modifié son troisième alinéa afin d'actualiser la liste des acteurs de la sécurité et tenir compte du développement des conseils locaux de sécurité et de prévention de la délinquance<sup>11</sup>.

\* Les dispositions de l'article 1<sup>er</sup> de la LOPS du 21 janvier 1995 ont été codifiées à l'article L. 111-1 du code de la sécurité intérieure (CSI) par l'ordonnance n° 2012-351 du 12 mars 2012<sup>12</sup>. Cette codification ayant été opérée à droit constant, le contenu de ce texte est resté inchangé, à l'exception du renvoi, au troisième alinéa, à un décret pour définir les structures locales de coopération en matière de sécurité, qui est remplacé par un renvoi plus général à un acte réglementaire.

---

<sup>10</sup> Rapport n° 2996 (Assemblée nationale – XI<sup>ème</sup> législature) de M. Bruno Le Roux, fait au nom de la commission des lois, déposé le 18 avril 2001.

<sup>11</sup> Rapport n° 508 (Assemblée nationale, XI<sup>ème</sup> législature) de M. Christian Estrosi, fait au nom de la commission des lois, déposé le 18 décembre 2002. Ainsi, après avoir énoncé, à son premier alinéa, que la sécurité est un droit fondamental, et confié à l'État, par son deuxième alinéa, la charge d'en assurer le respect, l'article 1<sup>er</sup> de la LOPS précise à son troisième alinéa que l'État « *associe à la politique de sécurité, dans le cadre de dispositifs locaux dont la structure est définie par décret, les collectivités territoriales et les établissements publics de coopération intercommunale ainsi que les représentants des professions, des services et des associations confrontés aux manifestations de la délinquance ou œuvrant dans les domaines de la prévention, de la médiation, de la lutte contre l'exclusion ou de l'aide aux victimes* ».

<sup>12</sup> Ordonnance n° 2012-351 du 12 mars 2012 relative à la partie législative du code de la sécurité intérieure, ratifiée par l'article 24 de la loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme.

## 2. – La mission de maintien de l'ordre public confiée à l'État

\* Le deuxième alinéa de l'article 1<sup>er</sup> de la LOPS, qui définit les missions de l'État en matière de sécurité, précise qu'il doit notamment veiller « *au maintien de la paix et de l'ordre publics* ».

Un lien a pu être établi entre cette mission et la « *mission de sécurité et de paix publiques* » de la police et de la gendarmerie nationales, à laquelle fait référence le rapport sur les orientations de la politique de sécurité figurant à l'annexe I de la LOPS<sup>13</sup>. La mission de sécurité et de paix publiques y est définie comme ayant « *pour objet de veiller à l'exécution des lois, d'assurer la protection des personnes et des biens, de prévenir les troubles à l'ordre public et à la tranquillité publique ainsi que la délinquance* ». Ce faisant, elle intègre à ce titre des missions, telles que « *l'exécution des lois* » et « *la protection des personnes et des biens* », que le deuxième alinéa de l'article 1<sup>er</sup> de la LOPS envisage comme des missions distinctes de celle de « *maintien de la paix et de l'ordre publics* ».

Le maintien de la paix et de l'ordre publics, au sens de l'article 1<sup>er</sup> de la LOPS, paraît devoir être entendu comme renvoyant au maintien de l'ordre au sens strict, c'est-à-dire aux missions de police administrative visant à encadrer des rassemblements de personnes sur la voie publique ou dans des lieux publics (manifestations, réunions publiques, attroupements, etc.). Les dispositifs de sécurité mis en œuvre à cette occasion visent alors à prévenir ou à faire cesser un trouble à l'ordre public, comme en témoignent les dispositions initialement prévues à cet effet par le chapitre III de la LOPS, intitulé « *Dispositions relatives au maintien de l'ordre public* », et désormais regroupées dans le titre I<sup>er</sup> du livre II du CSI<sup>14</sup>.

\* De nos jours, les conditions d'exercice de la mission de maintien de l'ordre public sont définies de manière générale par le CSI et le code général des collectivités territoriales (CGCT) en tenant compte des compétences respectives de l'État et des collectivités territoriales en matière de sécurité publique.

Les articles L. 131-1 à L. 131-6 du CSI rappellent à cet égard les pouvoirs de police du maire, du président du conseil départemental et du représentant de l'État dans le département en opérant, pour l'essentiel, des renvois vers les dispositions pertinentes du CGCT.

---

<sup>13</sup> Voir en ce sens le commentaire précité de l'article L. 111-1 du code de la sécurité intérieure édité par Dalloz.

<sup>14</sup> Ce titre s'intitule « *Ordre public* » et comprend notamment un chapitre premier relatif à la « *Prévention des atteintes à l'ordre public lors de manifestations et de rassemblements* » comme indiqué ci-après.

L'article L. 2212-1 de ce code dispose ainsi que « *Le **maire** est chargé, sous le contrôle administratif du représentant de l'État dans le département, de la police municipale »*, laquelle a pour objet, selon son article L. 2212-2, « *d'assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques* ». Cette mission comprend notamment « *Le soin de réprimer les atteintes à la tranquillité publique telles que les rixes et disputes accompagnées d'ameutement dans les rues, le tumulte excité dans les lieux d'assemblée publique, les attroupements, les bruits, les troubles de voisinage, les rassemblements nocturnes qui troublent le repos des habitants et tous actes de nature à compromettre la tranquillité publique » (2° de l'article L. 2212-2) et « *Le maintien du bon ordre dans les endroits où il se fait de grands rassemblements d'hommes, tels que les foires, marchés, réjouissances et cérémonies publiques, spectacles, jeux, cafés, églises et autres lieux publics » (3° de l'article L. 2212-2).**

Si la police municipale est assurée à titre principal par le maire, le **représentant de l'État** dans le département dispose de pouvoirs spéciaux pour pallier ou compléter, suivant les cas, la mission du maire en cette matière. L'article L. 2215-1 du CGCT prévoit notamment que le préfet « *peut prendre, pour toutes les communes du département ou plusieurs d'entre elles, et dans tous les cas où il n'y aurait pas été pourvu par les autorités municipales, toutes mesures relatives au maintien de la salubrité, de la sûreté et de la tranquillité publiques » (1°)<sup>15</sup>. Il résulte également de ce même article que « *Le représentant de l'État dans le département est seul compétent pour prendre les mesures relatives à l'ordre, à la sûreté, à la sécurité et à la salubrité publiques, dont le champ d'application excède le territoire d'une commune » (3°).**

La participation de la police nationale aux missions de maintien de l'ordre est par ailleurs expressément prévue par l'article L. 2214-1 du CGCT dans le cadre du régime de la police d'État, qui peut être établi dans une commune en fonction de ses besoins en matière de sécurité<sup>16</sup>. Dans ce cas, l'article L. 2214-4 dispose que « *Le soin de réprimer les atteintes à la tranquillité publique [...] incombe à l'État seul dans les communes où la police est étagée, sauf en ce qui concerne les troubles de voisinage* ». Il précise également que, dans ces mêmes communes, l'État a la charge du bon ordre quand il se fait occasionnellement de « *grands rassemblements d'hommes* ».

#### \* La **prévention des atteintes à l'ordre public lors de manifestations et de**

---

<sup>15</sup> Ce droit ne peut être exercé par le représentant de l'État dans le département à l'égard d'une seule commune qu'après une mise en demeure au maire restée sans résultat.

<sup>16</sup> Le même article précise que « *Ces besoins s'apprécient au regard de la population permanente et saisonnière, de la situation de la commune dans un ensemble urbain et des caractéristiques de la délinquance* ».

**rassemblements** fait plus spécifiquement l'objet d'un chapitre du code de la sécurité intérieure, composé des articles L. 211-1 à L. 211-16, au sein duquel sont rangées les dispositions relatives aux manifestations sur la voie publique, aux rassemblements festifs à caractère musical, aux attroupements, aux manifestations sportives, récréatives ou culturelles à but lucratif et aux grands événements.

Ces dispositions soumettent en particulier à une déclaration préalable obligatoire toutes les manifestations sur la voie publique, à la seule exception des sorties conformes aux usages locaux (article L. 211-1 du CSI).

Des règles spécifiques sont également prévues pour la dispersion des attroupements, qui s'entendent, selon l'article 431-3 du code pénal, de « *tout rassemblement de personnes sur la voie publique ou dans un lieu public susceptible de troubler l'ordre public* ». Aux termes du premier alinéa de l'article L. 211-9 du CSI, un attroupement « *peut être dissipé par la force publique après deux sommations de se disperser demeurées sans effet* » adressées par l'autorité policière compétente. Le cinquième alinéa de ce même article précise qu'« *Il est procédé à ces sommations suivant des modalités propres à informer les personnes participant à l'attroupement de l'obligation de se disperser sans délai* » mais que, « *Toutefois, les représentants de la force publique appelés en vue de dissiper un attroupement peuvent faire directement usage de la force si des violences ou voies de fait sont exercées contre eux ou s'ils ne peuvent défendre autrement le terrain qu'ils occupent* ».

### **3. – L'absence d'encadrement législatif de la technique de l'encerclement**

\* Parmi les techniques de maintien de l'ordre utilisées par les forces de police au cours de manifestations sur la voie publique figure la technique de l'encerclement, également qualifiée de technique de la nasse, de l'encagement, de la souricière, du confinement ou encore de l'« enchaudronnement » (mesure connue sous les vocables anglais de *kettling* ou *containment*).

Cette technique consiste, pour les forces de l'ordre, à cerner et à retenir dans un périmètre de sécurité délimité un groupe de personnes afin de pouvoir contenir les mouvements de foule qu'ils sont susceptibles d'occasionner et de contrôler la zone ainsi circonscrite ainsi que ses issues.

L'encerclement est présenté par une instruction du ministère de l'intérieur du 21 avril 2017 relative au maintien de l'ordre public par la police nationale comme l'une des

« *mesures périphériques de sécurisation des manifestants* »<sup>17</sup>. Son point 7.2.4 énonce qu'en sus des mesures de circulation qui peuvent être prises pour assurer une sécurisation générale du dispositif de maintien de l'ordre, « *dans des circonstances exceptionnelles de risque de troubles à l'ordre public et pour une courte durée, un périmètre de sécurité, constitué d'un cordon de policiers et d'une voie de sortie des manifestants, contrôlée et encadrée, peut être mis en œuvre autour de certains manifestants, lorsque ce dispositif est le seul moyen d'éviter des dommages importants* ».

Le recours à cette technique a plus récemment été abordé par le « Schéma national du maintien de l'ordre » adopté par le ministère de l'intérieur en septembre 2020 pour diffuser un document de doctrine en la matière commun à l'ensemble des forces de l'ordre. Cette diffusion a été justifiée, dans un contexte de contestations accrues des moyens employés par les autorités policières pour maintenir l'ordre dans le cadre des manifestations sur la voie publique, par des difficultés nouvelles rencontrées au cours de ces manifestations, résultant de l'infiltration de plus en plus fréquente de « *casseurs* », et par la nécessité, dans ce contexte, de fixer un cadre nouveau au maintien de l'ordre. Ce schéma national comporte une troisième partie intitulée : « *Agir contre les auteurs de violences qui œuvrent pour que dégénèrent les manifestations* » et, en son sein, un paragraphe 3.1.4 aux termes duquel : « *Sans préjudice du non-enfermement des manifestants, condition de la dispersion, il peut être utile, sur le temps juste nécessaire, d'encercler un groupe de manifestants aux fins de contrôle, d'interpellation ou de prévention d'une poursuite des troubles. Dans ces situations, il est systématiquement laissé un point de sortie contrôlé aux personnes* ».

Ce document envisage ainsi la possibilité, en cas de trouble à l'ordre public intervenant au cours d'une manifestation sur la voie publique, de recourir à la technique de l'encercllement. Il entend également fixer des limites à ce recours en précisant notamment qu'il ne peut intervenir que « *sur le temps juste nécessaire* » aux fins poursuivies et que doit être « *systématiquement laissé un point de sortie contrôlé aux personnes* ».

\* Ces dernières années, le recours à la technique de l'encercllement sur la base de ces règles générales a fait l'objet de critiques dénonçant le cadre insuffisant dont elle est assortie, compte tenu des atteintes fortes aux droits et libertés qui peuvent résulter de son usage par les forces de l'ordre. Outre les actions contentieuses engagées par

---

<sup>17</sup> Instruction du 21 avril 2017 relative au maintien de l'ordre public par la police nationale.



certains syndicats et associations <sup>18</sup> , plusieurs autorités ont exprimé leurs préoccupations.

Sur le plan national<sup>19</sup>, le Défenseur des droits, en particulier, a recommandé à plusieurs reprises, alors qu'il avait été saisi des circonstances dans lesquelles des fonctionnaires de police avaient encerclé et maintenu à l'intérieur d'un périmètre des manifestants, « *qu'une réflexion soit engagée sur le recours à cette technique de maîtrise des foules dans le respect des libertés d'expression, de réunion, de manifestation, ainsi que d'aller et venir* » <sup>20</sup> . Plus récemment, dans une décision-cadre en date du 9 juillet 2020, dans laquelle il a entendu formuler de nouvelles recommandations relatives aux techniques de maintien de l'ordre au regard des saisines auxquelles ont donné lieu les incidents intervenus au cours des manifestations des « *gilets jaunes* », il a demandé qu'« *il soit mis fin à la pratique conduisant à priver de liberté des personnes sans cadre juridique* »<sup>21</sup>.

Dans son rapport en date du 20 janvier 2021, la commission d'enquête parlementaire relative à l'état des lieux, la déontologie, les pratiques et les doctrines de maintien de l'ordre a pour sa part indiqué que « *Sans préjuger de la décision du Conseil constitutionnel [relative à la présente QPC], qui contraindra peut-être le Gouvernement et le Parlement à revoir le cadre juridique de cette technique, [votre rapporteur] souhaite que le cadrage prévu par le Schéma [précité] restreigne le recours à cette technique aux seules situations dans lesquelles les forces de l'ordre doivent faire face à de sérieux risques de débordements, et qu'une porte de sortie existe systématiquement et soit suffisamment bien signalée pour que les manifestants qui le souhaitent puissent l'utiliser pour quitter les lieux* »<sup>22</sup>.

## **B. – Origine de la QPC et question posée**

Le 21 octobre 2010, en marge d'une manifestation organisée contre une réforme du régime des retraites, les forces de l'ordre avaient retenu plusieurs centaines de personnes sur la place Bellecour, à Lyon, pendant plusieurs heures, afin d'empêcher

---

<sup>18</sup> Un recours en annulation du schéma national du maintien de l'ordre du 16 septembre 2020 a notamment été formé devant le Conseil d'État par le Syndicat national des journalistes et la Ligue des droits de l'homme.

<sup>19</sup> Une fiche d'analyse du droit européen et étranger est produite en complément de la présente note.

<sup>20</sup> Défenseur des droits, décision cadre MDS-2015-126 du 21 mai 2015. Dans la décision-cadre MDS-2015-298 du 25 novembre 2015, le Défenseur des droits « *réitère sa précédente recommandation au ministre de l'Intérieur qu'une réflexion soit engagée sur la mise en œuvre de cette technique de maîtrise des foules pour éviter tout recours abusif à cette pratique qui pourrait donner lieu à des limitations abusives à des libertés publiques* ».

<sup>21</sup> Défenseur des droits, décision-cadre n° 2020-131 du 9 juillet 2020.

<sup>22</sup> Rapport n° 3786 (Assemblée nationale – XV<sup>ème</sup> législature) fait au nom de la commission d'enquête relative à l'état des lieux, la déontologie, les pratiques et les doctrines de maintien de l'ordre par M. Jérôme Lambert, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 20 janvier 2021, p. 71.

qu'elles ne rejoignent le cortège. Ces personnes ne pouvaient quitter cette place sans que leur identité soit contrôlée et que leur photographie soit prise.

À la suite de cet événement, le 29 juillet 2011, plusieurs personnes physiques, des associations et des syndicats avaient porté plainte avec constitution de partie civile auprès du doyen des juges d'instruction de Lyon des chefs d'atteinte à la liberté individuelle par dépositaires de l'autorité publique, non opposition à une privation de liberté illégale et entrave aux libertés d'expression et de communication sur le fondement, respectivement, des articles 432-4, 432-5 et 431-1 du code pénal.

Le 9 novembre 2011, une information judiciaire avait été ouverte contre personne non dénommée et confiée à deux juges d'instruction, qui avaient entendu sous le statut de témoin assisté le préfet du Rhône et le directeur départemental de la sécurité publique en fonction au moment des faits.

À l'issue de cette information, le 2 février 2017, les juges co-saisis avaient rendu une ordonnance de non-lieu en visant notamment le deuxième alinéa de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 21 janvier 1995 précitée.

Les parties civiles avaient interjeté appel, mais la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Lyon, après avoir ordonné un supplément d'information aux fins de mise en examen du préfet du Rhône et du directeur départemental de la sécurité publique, les avait maintenus sous le statut de témoin assisté et avait confirmé, par un arrêt du 5 mars 2020, l'ordonnance de non-lieu rendue par les premiers juges.

Les parties civiles s'étaient pourvues en cassation contre cet arrêt.

À l'occasion de ce pourvoi, elles avaient soulevé une QPC visant l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 21 janvier 1995 ainsi formulée : « *En édictant les dispositions de l'article 1<sup>er</sup> de la loi 95-73 du 21 janvier 1995, modifiées par la loi 2003-239 du 18 mars 2003 – lesquelles confèrent à l'État le devoir d'assurer le maintien de l'ordre public – le législateur a-t-il, d'une part, méconnu sa propre compétence en affectant des droits et libertés que la Constitution garantit, en l'occurrence, la liberté individuelle, la liberté d'aller et venir, la liberté d'expression et de communication, ainsi que le droit d'expression collectives des idées et des opinions, en ce qu'il s'est abstenu de prévoir des garanties légales suffisantes et adéquates concernant le recours par les forces de l'ordre au procédé de nasse, ou d'encagement, par lequel les forces de l'ordre privent un groupe de personnes de leur liberté de se mouvoir au sein d'une manifestation ou à proximité immédiate de celle-ci, au moyen d'un encerclement, et, d'autre part, porté une atteinte injustifiée et disproportionnée à l'ensemble de ces*

*mêmes droits et libertés que la Constitution garantit ? »*

Par son arrêt précité du 15 décembre 2020, la Cour de cassation avait renvoyé la QPC au Conseil constitutionnel après avoir considéré que la disposition législative contestée était applicable à la procédure « *dès lors que l'arrêt de la chambre de l'instruction du 5 mars 2020 s'y réfère* » et que cette question présentait un caractère sérieux « *en ce que le recours au procédé de "l'encerclement" lors de manifestations pourrait porter atteinte aux garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques, de sorte qu'il n'est pas exclu qu'il doive être encadré par la loi* ».

## **II. – L'examen de la constitutionnalité des dispositions contestées**

\* Les requérants, rejoints par les parties intervenantes, soutenaient que les dispositions renvoyées étaient entachées d'incompétence négative en ce qu'elles ne prévoyaient pas les garanties permettant d'assurer, en cas d'usage par les forces de l'ordre de la technique de l'encerclement, le respect de la liberté individuelle, de la liberté d'aller et venir, de la liberté de communication et d'expression ainsi que du droit d'expression collective des idées et des opinions. À l'appui de ce grief, ils invoquaient la compétence attribuée au législateur par l'article 34 de la Constitution en matière de fixation des règles relatives aux droits civiques et aux garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques et faisaient valoir, d'une part, que l'ensemble des libertés et droits précités constituaient des libertés publiques au sens de cet article et, d'autre part, que l'usage de la technique de l'encerclement leur portait gravement atteinte. Dès lors, selon eux, le législateur ne pouvait abandonner au pouvoir réglementaire toute latitude pour fixer les règles relatives à l'encerclement et aurait dû entourer le recours à cette technique de maintien de l'ordre de garanties spécifiques permettant d'assurer la proportionnalité des atteintes portées aux droits et libertés constitutionnels au regard de l'objectif de prévention des atteintes à l'ordre public poursuivi.

Les requérants soutenaient également que, du fait de l'absence de garanties légales entourant le recours à la technique de l'encerclement, les dispositions renvoyées portaient de manière directe une atteinte disproportionnée à la liberté individuelle, à la liberté d'aller et venir, à la liberté d'expression et de communication et au droit d'expression collective des idées et des opinions.

\* Au regard de ces griefs, qui tendaient à attribuer aux dispositions renvoyées l'absence de garanties légales encadrant l'usage de la technique de l'encerclement dans le cadre du maintien de l'ordre, le Conseil constitutionnel a restreint le champ

de la QPC aux seuls mots « *et de l'ordre publics* » figurant au deuxième alinéa de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 21 janvier 1995 (paragr. 3).

## **A. – La jurisprudence constitutionnelle relative à l'incompétence négative du législateur**

\* Apparu dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel dès la décision n° 67-31 DC du 26 janvier 1967<sup>23</sup>, le contrôle de l'incompétence négative du législateur sanctionne le fait, pour le législateur, de ne pas avoir pleinement exercé sa compétence.

Ce contrôle se fonde sur la définition par la Constitution, notamment à son article 34, d'un domaine dans lequel le législateur doit fixer les règles et principes applicables. Le Conseil veille dès lors à ce que la loi ne reporte pas sur d'autres autorités, réglementaires ou juridictionnelles, l'exercice d'une compétence que la Constitution a réservée au législateur.

Une disposition législative peut être entachée d'incompétence négative parce que le législateur est intervenu sans avoir épuisé sa compétence dans un domaine qui lui est réservé par la Constitution. L'incompétence négative peut alors notamment résulter du renvoi explicite à un acte réglementaire sur une question relevant du domaine législatif<sup>24</sup> ou de dispositions excessivement imprécises ou ambiguës<sup>25</sup>.

Mais l'incompétence négative est également caractérisée lorsque le législateur a omis de prévoir les garanties légales dont le dispositif institué devait être entouré pour assurer le respect d'exigences constitutionnelles<sup>26</sup>. Il est alors regardé comme n'ayant pas pleinement exercé la compétence que lui attribue par exemple l'article

---

<sup>23</sup> Décision n° 67-31 DC du 26 janvier 1967, *Loi organique modifiant et complétant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature*, cons. 4. L'incompétence négative est initialement une notion de droit administratif dont l'origine est généralement située dans les écrits de Laferrière (Patricia Rrapi, « "L'incompétence négative" dans la QPC : de la double négation à la double incompréhension », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 34, janvier 2012).

<sup>24</sup> Voir par exemple les décisions n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, cons. 57 ; n° 2011-639 DC du 29 juillet 2011, *Loi tendant à améliorer le fonctionnement des maisons départementales des personnes handicapées et portant diverses dispositions relatives à la politique du handicap*, cons. 10. Pour un exemple de validation sous une réserve d'interprétation de dispositions renvoyant à un décret le soin de fixer la liste des sanctions disciplinaires applicables aux personnes détenues, voir la décision n° 2009-593 DC du 19 novembre 2009, *Loi pénitentiaire*, cons. 6.

<sup>25</sup> Voir par exemple les décisions n° 2000-435 DC du 7 décembre 2000, *Loi d'orientation pour l'outre-mer*, cons. 53 ; n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*, cons. 25 à 29 ; n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*, cons. 14 ; n° 2004-503 DC du 12 août 2004, *Loi relative aux libertés et responsabilités locales*, cons. 36.

<sup>26</sup> Voir par exemple la décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication*, cons. 35 à 37.

34 de la Constitution pour fixer les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques<sup>27</sup>.

\* Si la jurisprudence relative à l'incompétence négative amène le Conseil constitutionnel à veiller à ce que le législateur exerce sa compétence dans toute l'étendue requise par la Constitution, ce qui peut le conduire à contrôler les « *insuffisances* » ou les « *lacunes* » de la loi<sup>28</sup>, elle ne se confond pas avec un recours en carence du législateur et ne saurait donc permettre au Conseil de procéder à un contrôle général de l'inaction du législateur. Le Conseil ne peut ainsi valablement répondre à un grief tiré de l'incompétence négative du législateur que si celui-ci s'attache à dénoncer des insuffisances imputées à un dispositif instauré par ce dernier.

Cette limite au contrôle de l'incompétence négative ressort bien d'un paragraphe de principe énoncé dans la décision n° 2018-777 DC du 28 décembre 2018, selon lequel : « *S'il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34, le grief tiré de l'incompétence négative du législateur ne peut être utilement présenté devant le Conseil constitutionnel qu'à l'encontre de dispositions figurant dans la loi qui lui est soumise et à la condition de contester les insuffisances du dispositif qu'elles instaurent* »<sup>29</sup>. En l'espèce, les requérants avaient construit leur grief d'incompétence négative sur plusieurs « *lacunes, insuffisances et omissions* » dont était selon eux entachée la loi de finances déferée au Conseil, concernant en particulier le montant des crédits de plusieurs programmes budgétaires et du niveau des plafonds des autorisations d'emplois de certains ministères. Ils critiquaient également l'absence de « *mesures correctives* » de nature à améliorer le recouvrement de l'impôt, à assurer l'effectivité de la libre administration des collectivités territoriales et à garantir l'égalité entre les personnes résidant outre-mer et celles résidant en métropole et demandaient en conséquence au Conseil constitutionnel d'« *enjoindre au Gouvernement de pallier ces manques et insuffisances* ».

Après avoir énoncé le paragraphe de principe précité, le Conseil a écarté ce grief ainsi que les autres soulevés « au fond » par les requérants dans la mesure où ils ne faisaient que fonder leur critique sur l'insuffisance des crédits de certains

---

<sup>27</sup> Pour un exemple tenant à la compétence que le législateur tient de l'article 7 de la Charte de l'environnement pour prévoir les modalités de participation du public à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement, voir la décision n° 2020-843 QPC du 28 mai 2020, *Force 5 (Autorisation d'exploiter une installation de production d'électricité)*, paragr. 9.

<sup>28</sup> Pour un exemple explicite, voir la décision n° 86-217 DC précitée, cons. 35 à 37.

<sup>29</sup> Décision n° 2018-777 DC du 28 décembre 2018, *Loi de finances pour 2019*, paragr. 73.

programmes et des emplois de certains ministères et ne contestaient, pour le reste, « aucune autre disposition figurant dans la loi déferée »<sup>30</sup>. Le commentaire de cette décision explicite le sens du paragraphe précité en soulignant : « si la jurisprudence sur l'incompétence négative a vocation à protéger le législateur "contre lui-même", en veillant à ce qu'il exerce sa compétence dans toute l'étendue requise par la Constitution, cette jurisprudence ne saurait aboutir à le contraindre à légiférer sur des sujets ou des questions ne faisant pas l'objet de dispositions dans la loi contrôlée. Quelle raison y aurait-il d'ailleurs d'exiger du législateur qu'il règle une question donnée dans un texte plutôt que dans un autre, si le sujet en cause n'est même pas abordé par le texte contesté ? ».

\* Après s'être développée dans le cadre du contrôle *a priori*, la jurisprudence relative à l'incompétence négative a été transposée au contrôle de constitutionnalité *a posteriori* et a été limitée, dans ce cadre, au regard de l'objet spécifique de la QPC.

Sur ce point, le Conseil constitutionnel a d'abord jugé que « la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence ne peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité que dans le cas où est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit »<sup>31</sup>. Depuis sa décision n° 2012-254 QPC du 18 juin 2012, le Conseil a modifié ce considérant en retenant « que la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence ne peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité que dans le cas où cette méconnaissance affecte par elle-même un droit ou une liberté que la Constitution garantit »<sup>32</sup>.

Ainsi, le Conseil constitutionnel ne contrôle l'incompétence négative du législateur dans le cadre du contentieux des QPC que dans la mesure où la défaillance du législateur dans l'exercice de sa compétence affecte « *par elle-même* » les droits et libertés garantis par la Constitution au sens de l'article 61-1 de la Constitution. À défaut, le grief tiré de l'incompétence négative est inopérant.

\* Les conditions permettant de considérer qu'une disposition est entachée d'une incompétence négative qui affecte « *par elle-même* » un droit ou une liberté garanti par la Constitution ont été précisées par le Conseil constitutionnel, notamment dans le cadre de sa jurisprudence relative à la détermination des règles applicables aux personnes détenues.

---

<sup>30</sup> *Ibidem*, paragr. 74.

<sup>31</sup> Décision n° 2010-5 QPC du 18 juin 2010, *SNC Kimberly Clark (Incompétence négative en matière fiscale)*, cons. 3.

<sup>32</sup> Décision n° 2012-254 QPC du 18 juin 2012, *Fédération de l'énergie et des mines – Force ouvrière FNEM FO (Régimes spéciaux de sécurité sociale)*, cons. 3.

– Dans sa décision n° 2013-320/321 QPC du 14 juin 2013<sup>33</sup>, le Conseil était saisi des dispositions de la première phrase du troisième alinéa de l'article 717-3 du code de procédure pénale énonçant que « *Les relations de travail des personnes incarcérées ne font pas l'objet d'un contrat de travail* ». Les requérants reprochaient à ces dispositions de priver les personnes détenues de toutes les garanties légales d'exercice des droits et libertés reconnus par les cinquième à huitième alinéas du Préambule de la Constitution de 1946 en excluant que leurs relations de travail puissent faire l'objet d'un contrat, tout en n'organisant pas le cadre légal du travail en détention. Si leur critique ne reposait pas *expressis verbis* sur un grief d'incompétence négative, elle en intégrait la teneur en dénonçant l'insuffisance du cadre légal applicable au travail en prison.

Après avoir rappelé qu'« *il appartient [...] au législateur, compétent en application de l'article 34 de la Constitution pour fixer les règles concernant le droit pénal et la procédure pénale, de déterminer les conditions et les modalités d'exécution des peines privatives de liberté dans le respect de la dignité de la personne* », le Conseil a constaté que les principales règles législatives relatives aux conditions de travail des personnes détenues figuraient dans l'article 717-3 du CPP, dont les dispositions autres que celles contestées intéressent également le travail en prison. Il a également pris en compte les dispositions figurant aux articles 22 et 33 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009.

Le Conseil constitutionnel a ensuite souligné, de manière générale, « *qu'il est loisible au législateur de modifier les dispositions relatives au travail des personnes incarcérées afin de renforcer la protection de leurs droits* ». S'agissant plus précisément des dispositions contestées, qui se bornent à prévoir que les relations de travail des personnes incarcérées ne font pas l'objet d'un contrat de travail, il a jugé qu'elles « *ne port[ai]ent, en elles-mêmes, aucune atteinte aux principes énoncés par le Préambule de 1946* » et qu'elles ne méconnaissaient pas davantage le principe d'égalité ni aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit<sup>34</sup>.

– Dans sa décision n° 2014-393 QPC du 25 avril 2014, saisi cette fois de l'article 728 du code de procédure pénale, dans sa version antérieure à la loi du 24 novembre 2009 susvisée, qui confiait au pouvoir réglementaire le soin de déterminer l'organisation et le régime intérieur des établissements pénitentiaires, le Conseil avait à connaître

---

<sup>33</sup> Décision n° 2013-320/321 QPC du 14 juin 2013, *M. Yacine T. et autre (Absence de contrat de travail pour les relations de travail des personnes incarcérées)*.

<sup>34</sup> Décision n° 2013-320/321 QPC du 14 juin 2013, *M. Yacine T. et autre (Absence de contrat de travail pour les relations de travail des personnes incarcérées)*, cons. 9.

d'une critique principalement articulée autour de l'incompétence négative du législateur.

Après avoir rappelé qu'il appartenait au législateur de déterminer les conditions et les modalités d'exécution des peines privatives de liberté dans le respect de la dignité de la personne, il a considéré qu'en procédant à un tel renvoi, le législateur avait méconnu l'étendue de sa compétence dans la mesure où, si un autre article – en l'occurrence l'article 726 du code de procédure pénale – prévoyait certaines des mesures dont les personnes détenues peuvent faire l'objet à titre disciplinaire, « aucune disposition législative ne prévoit les conditions dans lesquelles sont garantis les droits dont ces personnes continuent de bénéficier dans les limites inhérentes à la détention »<sup>35</sup>. Ce faisant, « en renvoyant au décret le soin de déterminer ces conditions qui incluent notamment les principes de l'organisation de la vie en détention, de la surveillance des détenus et de leurs relations avec l'extérieur, les dispositions contestées confient au pouvoir réglementaire le soin de fixer des règles qui relèvent de la loi »<sup>36</sup>.

Le Conseil a dès lors conclu à la censure des dispositions contestées car « la méconnaissance, par le législateur, de sa compétence dans la détermination des conditions essentielles de l'organisation et du régime intérieur des établissements pénitentiaires prive de garanties légales l'ensemble des droits et libertés constitutionnellement garantis dont bénéficient les détenus dans les limites inhérentes à la détention »<sup>37</sup>.

– Enfin, dans sa décision n° 2015-485 QPC du 25 septembre 2015, le Conseil constitutionnel a contrôlé l'article 33 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009, qui prévoit notamment que la participation des personnes détenues aux activités professionnelles organisées dans les établissements pénitentiaires donne lieu à l'établissement d'un acte d'engagement par l'administration pénitentiaire<sup>38</sup>.

Dans des termes qui faisaient directement écho à la décision n° 2013-320/321 QPC précitée, le requérant soutenait notamment que ces dispositions, en n'organisant pas le cadre légal du travail des personnes incarcérées, privaient ces personnes de l'ensemble des garanties légales d'exercice des droits et libertés reconnus par les cinquième à huitième alinéas du Préambule de la Constitution de 1946 ainsi que de

---

<sup>35</sup> Décision n° 2014-393 QPC du 25 avril 2014, *M. Angelo R. (Organisation et régime intérieur des établissements pénitentiaires)*, cons. 6.

<sup>36</sup> *Ibidem*.

<sup>37</sup> *Ibid.*, cons. 7 et 8.

<sup>38</sup> Décision n° 2015-485 QPC du 25 septembre 2015, *M. Johny M. (Acte d'engagement des personnes détenues participant aux activités professionnelles dans les établissements pénitentiaires)*.



ceux reconnus par les dixième et onzième alinéas de ce Préambule.

Pour répondre à ces griefs tirés de l'incompétence négative, le Conseil constitutionnel a d'abord repris les considérants de principe énoncés dans ses précédentes décisions concernant le champ de la compétence du législateur dans la détermination des droits et libertés dont les personnes détenues bénéficient et de leur étendue <sup>39</sup>.

Le Conseil constitutionnel a ensuite apprécié si les incompétences négatives alléguées par le requérant pouvaient prospérer à l'encontre de la disposition critiquée. En effet, comme le souligne le commentaire de cette décision, *« il ne suffit pas pour le requérant de dénoncer une insuffisance du législateur, il faut encore que cette insuffisance transforme la disposition contestée en une disposition recelant une inconstitutionnalité au regard d'un droit ou liberté déterminé »*, et *« pour cela, il est nécessaire que l'application de la disposition elle-même puisse entraîner une atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution, que cette atteinte ne résulte pas en réalité de l'application d'une autre disposition légale et qu'aucune disposition légale ne prévoit les garanties nécessaires »*.

C'est seulement si le grief à l'encontre de la disposition contestée satisfait à ces trois conditions que le Conseil constitutionnel doit ensuite s'interroger sur la question de l'éventuelle absence de garanties légales suffisantes au sein de cette disposition.

Au regard des griefs tirés en l'espèce de l'incompétence négative, les dispositions contestées se distinguaient de celles que le Conseil avait examinées dans la décision n° 2013-320/321 QPC précitée par le fait qu'elles n'avaient pas pour objet d'exclure un régime juridique (celui applicable au contrat de travail), mais de poser certains principes quant à l'encadrement de la relation de travail entre la personne détenue et l'administration pénitentiaire. Le premier alinéa de l'article 33, notamment, prévoit que l'acte d'engagement doit énoncer les droits et obligations professionnels de la personne détenue ainsi que ses conditions de travail et sa rémunération. Comme le relève le commentaire de la décision, *« il était ainsi possible d'estimer qu'en l'absence de garanties légales en ce qui concerne ces "droits et obligations" ou "conditions de travail et de rémunération", le législateur avait permis à l'administration, par l'intermédiaire du chef d'établissement, lors de la détermination du contenu de l'acte d'engagement, de porter atteinte à un certain nombre de droits et libertés constitutionnels »*.

---

<sup>39</sup> *Ibidem*, cons. 5.

Dans cette affaire n° 2015-485 QPC, la première des trois conditions précitées, tenant à ce que l'application de la disposition puisse entraîner une atteinte à un droit ou une liberté, était donc remplie (à la différence de la décision n° 2013-320/321 QPC précitée).

S'interrogeant alors sur les deux autres conditions, le Conseil constitutionnel a recherché si l'atteinte portée à chacun des droits et libertés invoqués par le requérant ne résultait pas en réalité de l'application d'une autre disposition législative et si aucune disposition légale ne prévoyait les garanties nécessaires au respect des exigences constitutionnelles. Cela l'a conduit à effectuer un tri au sein des griefs soulevés par le requérant.

En ce qui concerne, d'une part, les droits à des moyens convenables d'existence, à la protection de la santé et à la protection sociale, fondés sur les dixième et onzième alinéas du Préambule de la Constitution de 1946, le Conseil constitutionnel a pris en compte le fait que des dispositions législatives autres que celle critiquée par la QPC, par exemple l'article 717-3 du code de procédure pénale qui définit les modalités de fixation de la rémunération du travail en détention, portaient spécifiquement sur la santé et la protection sociale. Le Conseil constitutionnel a donc estimé que le grief d'incompétence négative alléguée sur le fondement de ces droits ne pouvait être utilement dirigé contre l'article 33 de la loi pénitentiaire, c'est-à-dire qu'il était inopérant. Il a ainsi jugé que *« le grief tiré de la méconnaissance de l'étendue de sa compétence par le législateur dans des conditions affectant par elles-mêmes les droits qui découlent des dixième et onzième alinéas du Préambule de la Constitution de 1946, qui n'est pas dirigé à l'encontre des dispositions législatives relatives à la protection de la santé et à la protection sociale des personnes détenues, doit être écarté »*<sup>40</sup>. C'est donc ici la deuxième des trois conditions précitées qui faisait défaut : le grief était mal dirigé.

Au contraire, concernant, d'autre part, le grief tiré de l'incompétence négative de nature à porter atteinte au droit à l'emploi, au droit de grève, à la liberté syndicale et au droit de participation protégés par les cinquième, sixième, septième et huitième alinéas du Préambule de 1946, le Conseil constitutionnel a implicitement jugé qu'il était bien opérant (la deuxième condition précitée était donc satisfaite). Il a alors cherché à déterminer, conformément à la troisième et dernière condition, si d'autres dispositions légales apportaient des garanties de nature à assurer le respect des droits et libertés en cause. Il a tout d'abord rappelé que le législateur a posé un principe général quant à l'étendue des droits et libertés des personnes détenues, énoncé à

---

<sup>40</sup> Décision n° 2015-485 QPC précitée, cons. 7. Quoique non précisées par la décision elle-même, ces autres dispositions sont mentionnées dans le commentaire.

l'article 22 de la loi pénitentiaire, en vertu duquel : « *L'administration pénitentiaire garantit à toute personne détenue le respect de sa dignité et de ses droits. L'exercice de ceux-ci ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles résultant des contraintes inhérentes à la détention, du maintien de la sécurité et du bon ordre des établissements, de la prévention de la récidive et de la protection de l'intérêt des victimes* »<sup>41</sup>. Le Conseil constitutionnel a ensuite relevé qu'un certain nombre de dispositions législatives entouraient de garanties l'accès à l'emploi des personnes détenues, notamment le deuxième alinéa de l'article 717-3 du code de procédure pénale et le dernier alinéa de l'article 33 de la loi du 24 novembre 2009<sup>42</sup>.

Au regard de ces éléments, et après avoir rappelé « *qu'il est loisible au législateur de modifier les dispositions relatives au travail des personnes incarcérées afin de renforcer la protection de leurs droits* », le Conseil constitutionnel a jugé qu'« *en subordonnant à un acte d'engagement signé par le chef d'établissement et la personne détenue la participation de cette dernière aux activités professionnelles organisées dans les établissements pénitentiaires et en renvoyant à cet acte d'engagement le soin d'énoncer les droits et obligations professionnels du détenu, dans des conditions qui respectent les dispositions de l'article 22 de la loi du 24 novembre 2009 et sous le contrôle du juge administratif, les dispositions contestées ne privent pas de garanties légales les droits et libertés énoncés par les cinquième à huitième alinéas du Préambule de la Constitution de 1946 dont sont susceptibles de bénéficier les détenus dans les limites inhérentes à la détention* »<sup>43</sup>. C'est donc ici sur le fond que le Conseil a écarté le grief, au motif que la troisième condition requise pour l'accueillir, tenant à l'absence d'autres garanties légales, n'était pas remplie.

\*

Il ressort de la jurisprudence rapportée que, pour considérer qu'une critique en incompetence négative puisse aboutir à la censure d'une disposition législative, le Conseil vérifie que les conditions suivantes sont réunies :

– de manière générale, l'incompétence alléguée doit viser une disposition particulière et contester les insuffisances du dispositif que cette disposition instaure (décision n° 2018-777 DC précitée) ;

---

<sup>41</sup> *Ibid.* cons. 9.

<sup>42</sup> *Ibid.*, cons. 10.

<sup>43</sup> *Ibid.*, cons. 11.

– en QPC, et de manière constante en vertu de la jurisprudence *Kimberly Clark* (telle que précisée en 2012), la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence ne peut être invoquée que dans le cas où cette méconnaissance affecte par elle-même un droit ou une liberté que la Constitution garantit. Il peut en être déduit que l'application de la disposition contestée, par ses manques, doit par elle-même entraîner une atteinte à un droit ou une liberté que la Constitution garantit. Ceci correspond à la première des trois conditions précitées dégagées à l'occasion de l'affaire n° 2015-485 QPC précitée (condition qui n'était pas remplie dans la décision n° 2013-320/321 QPC sur l'encadrement du travail des détenus) ;

– l'atteinte aux droits et libertés invoqués ne doit pas résulter de l'application d'une autre disposition légale. Cette exigence que le grief soit « *bien dirigé* » (c'est-à-dire qu'il vise la disposition qui est à la source de l'inconstitutionnalité alléguée) n'est pas spécifique à l'incompétence négative<sup>44</sup>. Mais il revêt une importance particulière en la matière, dès lors que le contrôle de l'incompétence négative n'a pas vocation à se déployer dans toutes les directions possibles à partir d'une disposition « prétexte », mais doit au contraire être borné par le contenu propre à cette dernière et, à défaut, pouvoir être adressé à d'autres dispositions ;

– les garanties qu'il est reproché au législateur de ne pas avoir prévues dans la disposition contestée doivent être nécessaires au respect des droits et libertés invoqués et ne doivent pas être prévues par d'autres dispositions législatives.

## **B. – L'application à l'espèce**

Dans la décision commentée, le Conseil constitutionnel a d'abord rappelé la formule de principe définissant les conditions de l'invocabilité du grief tiré de l'incompétence négative du législateur dans le cadre de la procédure des QPC, en énonçant que « *La méconnaissance par le législateur de sa propre compétence ne peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité que dans le cas où cette méconnaissance affecte par elle-même un droit ou une liberté que la Constitution garantit* » (paragr. 4).

Le Conseil a ensuite décrit l'objet de l'article 1<sup>er</sup> de la LOPS du 21 janvier 1995, qui confie à l'État le devoir d'assurer la sécurité, et souligné que « *Les dispositions*

---

<sup>44</sup> Par exemple : décisions n° 2013-312 QPC du 22 mai 2013, *M. Jory Orlando T. (Conditions d'attribution d'une carte de séjour mention "vie privée et familiale" au conjoint étranger d'un ressortissant français)*, cons. 3 à 5, et n° 2017-626 QPC du 28 avril 2017, *Société La Noé père et fils (Application des procédures collectives aux agriculteurs)*, paragr. 6.

*contestées précisent que, dans le cadre de cette mission, l'État doit notamment veiller au maintien de l'ordre public » (paragr. 5).*

Il revenait alors au Conseil d'apprécier si, compte tenu de cet objet, le grief tiré de ce que le législateur n'aurait pas épuisé sa compétence, en s'abstenant d'encadrer le recours à la technique de maintien de l'ordre dite de « l'encerclement », était opérant.

Comme il ressort de la jurisprudence constitutionnelle rapportée plus haut, l'admission de l'invocabilité de ce grief supposait que l'absence d'encadrement de cette technique puisse être regardée comme une insuffisance imputable aux dispositions contestées.

Le Conseil n'a, à cet égard, pas suivi la lecture à tout le moins extensive que l'invitaient à retenir les parties requérantes et intervenantes. Il a en effet constaté que *« ces dispositions législatives ont pour seul objet de reconnaître à l'État la mission générale de maintien de l'ordre public »* et qu'*« Elles ne définissent pas les conditions d'exercice de cette mission et notamment pas les moyens pouvant être utilisés à cette fin »* (paragr. 6).

Le Conseil a dès lors jugé qu'*« Il ne peut donc leur être reproché d'encadrer insuffisamment le recours par l'État, dans le cadre de cette mission, à certains procédés de maintien de l'ordre tels que la technique dite de "l'encerclement" »* (même paragr.). Il en a déduit que *« le grief tiré de la méconnaissance de l'étendue de sa compétence par le législateur dans des conditions affectant par elle-même la liberté d'aller et de venir, la liberté individuelle, la liberté d'expression et de communication et le droit d'expression collective des idées et des opinions ne peut qu'être écarté »* (paragr. 7).

Cette solution illustre la position constante du Conseil constitutionnel en matière de contrôle de l'incompétence négative du législateur, suivant laquelle ce contrôle ne peut porter que sur les insuffisances d'un dispositif que le législateur a lui-même établi et ne saurait amener le Conseil à opérer un contrôle général de l'inaction du législateur.

Les dispositions contestées ne portant par elles-mêmes aucune atteinte à la liberté d'aller et de venir, à la liberté individuelle, à la liberté d'expression et de communication et au droit d'expression collective des idées et des opinions, le Conseil a également écarté les griefs tirés de la méconnaissance de ces droits et libertés (même paragr.).

Après avoir relevé qu'elles ne méconnaissaient aucun autre droit ou liberté que la constitution garantit, le Conseil a ainsi déclaré les dispositions contestées conformes à la Constitution (paragr. 8).