



HAL
open science

À quand une QPC sur le cadre législatif des fichiers de police ?

Fabien Bottini

► **To cite this version:**

Fabien Bottini. À quand une QPC sur le cadre législatif des fichiers de police ?. Droit administratif, 2011, La Semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales, (n°18), p. 41-45. hal-02299574

HAL Id: hal-02299574

<https://hal.science/hal-02299574v1>

Submitted on 27 Sep 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

À QUAND UNE QPC SUR LE CADRE LÉGISLATIF DES FICHIERS DE POLICE ?¹

Par Fabien Bottini
Maître de conférences à l'Université du Havre
Chargé de cours à l'École Nationale de la Police

Résumé : Les décisions annulant des fichiers de police se sont multipliées ces dernières années. Si elles ont souvent été prononcées pour violation de la loi informatique et libertés, ces annulations cachent la question de sa constitutionnalité. La validité des règles de forme et de fond qu'elle institue apparaît en effet incertaine : d'une part, du fait de la compétence même du pouvoir réglementaire pour les créer et du caractère simplement obligatoire des avis qu'il doit préalablement recueillir ; d'autre part, en raison de la faculté qui lui est reconnue de fichier les données dites « sensibles » et de stocker les informations sans condition d'âge ou de durée.

À l'ère de la mobilité des marchandises, des capitaux, des services et... des hommes, les milieux clos traditionnels – la famille, l'école, l'entreprise... – semblent de plus en plus incapables de maintenir leur emprise sur les individus. Si, à l'image du philosophe Gilles Deleuze, certains en concluent à l'avènement d'une « société de contrôle »², force est de constater que le développement des fichiers de police accrédite l'idée d'une telle évolution. En France, ces derniers sont en effet passés de 34 en 2006 à 58 en 2009³. FAED (Fichier Automatisé des Empreintes Digitales)⁴, FPR (Fichier des Personnes Recherchées)⁵, FVV (fichier des Véhicules Volés)⁶, FNAEG (Fichier National Automatisé des Empreintes Génétiques)⁷, SALVAC (Système d'Analyse des Liens de la Violence Associée au

¹ Cet article prolonge un article intitulé « EDVIGE est mort... vive EDVIRSP ? (à propos du retrait du système d'Exploitation Documentaire et de Valorisation de l'Information Générale) » à paraître chez L'Harmattan avec les actes du colloque organisé le 14 mai 2009 par le GREDFIC de l'Université du Havre, sous la direction du Professeur G. Lebreton, sur le thème : *Sarkozysme et droits fondamentaux*.

² Deleuze G., « Post-scriptum sur les sociétés de contrôle » in *Pourparlers*, Éd. de Minuit 1990. 240-247.

³ Pastor J.-M., « Un rapport estime que la création des fichiers de police doit être confiée à la loi », *AJDA* 2009. 624.

⁴ D. modifié n° 87-249 du 8.4.1987, *JO* 9.4.1987. 4046.

⁵ Arr. modifié du 15.5.1996, *JO* 18.5.1996. 7488.

⁶ Arr. modifié du 15.5.1996, *JO* 18.5.1996. 7489.

⁷ D. n° 2004-470 du 25.5.2004, *JO* 2.6.2004, texte n° 21, art. 2.

Crime)^{8/9}... sont ainsi autant d'étranges onomatopées pour le profane qui dissimulent en fait un accroissement considérable du pouvoir de fichage des autorités.

Sans doute les interrogations sur l'accord SWIFT, permettant au Trésor américain de suivre les transactions bancaires effectuées au sein de l'UE¹⁰, ou le fichier génétique anglais¹¹ montrent-elles que leur développement n'est pas propre à la France. Mais le souvenir des « fichiers Tulard »¹², constitués sous le régime de Vichy, à la demande de l'occupant nazi, pour identifier les juifs en vue de leur déportation dans les camps de la mort, est là pour rappeler combien ces bases de données peuvent être dangereuses entre de mauvaises mains¹³. Se trouve ainsi soulevée la question de la validité des règles entourant leur édicition. Les dispositions législatives encadrant l'adoption des fichiers de police sont-elles conformes à la Constitution ?

Si cette interrogation se pose avec acuité depuis le 1^{er}.3.2010¹⁴ et l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC)¹⁵, un examen approfondi du droit positif montre que leur validité est loin d'être évidente tant elles semblent tiraillées entre deux principes antagonistes, l'héritage libéral de 1789¹⁶ s'opposant en la matière à ce que le Président Jacques Robert appelle l'« idéologie sécuritaire »¹⁷.

Tous deux s'accordent pour dire que l'effectivité des libertés individuelles passe par le respect d'un certain nombre d'obligations mises à la charge de chacun, conformément au fameux mot d'Auguste Comte selon lequel : en société, « nul ne possède d'autre droit que celui de faire son devoir »¹⁸. Mais tandis que l'héritage révolutionnaire en déduit que la « liberté est la règle, la restriction de police l'exception »¹⁹, l'idéologie sécuritaire en conclut

⁸ D. n° 2009-786 du 23.6.2009, *JO* 25.6.2009, texte n° 17.

⁹ On pourrait en effet multiplier les exemples, en citant également le FIJAIS, le Fichier Judiciaire national Automatisé des Auteurs d'Infractions Sexuelles ou violentes (D. modifié n° 2005-627 du 30.5.2005, *JO* 31.5.2005, texte n° 53), EDVIRSP, le système d'Exploitation Documentaire et Valorisation de l'Information Relative à la Sécurité Publique (D. n° 2009-1249 et 1250 du 16.10.2009, *JO* 18.10.2009, texte n° 6 et 7) etc.

¹⁰ Accords du 25.6.2003 et du 30.11.2009, *JOUE* 2003-L181. 34 et 2010-L8. 11. Cette coopération a toutefois été remise en cause par le Parlement européen le 11.2.2010 (« Bon pour l'Union », *Le Monde* 13.2.2010).

¹¹ CEDH 4.12.2008, S. et Marper c/ RU, *AJDP* 2009-2. 81 : déclare le fichier ADN britannique contraire aux articles 8 et 14 de la CESDH.

¹² Poznanski R., « Le fichage des juifs de France pendant la Seconde Guerre mondiale et l'affaire du fichier juif », *La Gazette des archives* 1997-177. 257.

¹³ V. Rajsfus M., *La rafle du Vél d'Hiv*, PUF 2002.

¹⁴ L. org. n° 2009-1523 du 10.12.2009, *JO* 11.12.2009, texte n° 1, art. 5.

¹⁵ Const. 4.10.1958, art. 61-1 (issu de la L. const. n° 2008-724 du 23.7.2008, *JO* 24.7.2008, texte n° 2, art. 29).

¹⁶ Constitutionnalisation au travers de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen par CC 71-44 DC du 16.7.1971, Liberté d'association, *Rec.* 1971. 29, cs. 2.

¹⁷ « Terrorisme, idéologie sécuritaire et libertés publiques », *RDP* 1986. 1651.

¹⁸ Cité in Roubier P., *Théorie générale du droit*, Dalloz 2005. 155-156.

¹⁹ Concl. Lagrange sur CE 5.2.1937, Bujadoux, *D.* 1938.3.19.

que les impératifs de la sécurité doivent primer sur les exigences de la liberté. C'est notamment ce qui ressort des lois du 2.2.1981 dite « sécurité et liberté »²⁰ et du 21.1.1995 relative à la sécurité²¹ : car tandis que, dans son intitulé même, la première place, de façon symbolique, la sécurité devant la liberté, l'article 1^{er} de la seconde fait de la sécurité un « devoir » de l'État, la « défense des institutions et des intérêts nationaux », le « respect des lois », le « maintien de la paix et de l'ordre publics » passant avant « la protection des personnes et des biens »²².

Si l'essor de cette idéologie sécuritaire pose problème, c'est donc parce qu'il rend incertain la constitutionnalité des règles législatives de forme (I) et de fond (II) encadrant l'élaboration des fichiers de police au regard de l'héritage révolutionnaire.

I. LES INCERTITUDES RELATIVES AUX REGLES DE FORME ENTOURANT LA CREATION DES FICHIERS DE DONNEES

En l'état actuel du droit positif, c'est au ministre compétent qu'il revient de créer les fichiers de police ne comportant pas de données sensibles²³, après avis motivé et publié de la CNIL, et au premier ministre de créer ceux en comportant, par décret en Conseil d'État toujours après avis motivé et publié de la Commission²⁴.

La compétence même du pouvoir réglementaire pour créer les fichiers de police est, il est vrai, parfois contestée (A). Mais, sans aller jusque-là, on peut considérer que c'est le caractère simplement obligatoire de ces avis qui est discutable au regard des exigences constitutionnelles (B).

A. L'INCERTITUDE SUR LA COMPÉTENCE MÊME DU POUVOIR RÉGLEMENTAIRE POUR CRÉER LES FICHIERS DE POLICE

Réagissant à la montée en puissance de l'idéologie sécuritaire, certaines associations de défense des droits de l'homme et certaines personnalités politiques dénie toute

²⁰ L. n° 81-82 du 2.2.1981, *JO* 3.2.1981. 415.

²¹ L. n° 95-73 du 20.1.1995, *JO* 24.1.1995. 1249. V. également L. n° 86-1020 du 9.9.1986, *JO* 10.9.1986. 10956 ; 2001-1062 du 15.11.2001, *JO* 16.11.2001. 18215 ; 2002-1014 du 29.8.2002, *JO* 30.8.2002. 14398 ; 2003-239 du 18.3.2003, *JO* 19.3.2003. 4761 ; 2006-64 du 23.1.2006, *JO* 24.1.2006, texte n° 1.

²² Ce même texte présente simultanément il est vrai la sécurité comme « un droit fondamental ». Mais certains spécialistes des libertés publiques y ont vu « une opération de camouflage d'un objectif dont l'hypertrophie pourrait finir par inquiéter » (Lebreton G., « Sécurité et liberté de réunion » in *Qu'en est-il de la sécurité des personnes et des biens ?*, LGDJ 2008. 253).

²³ L. modifiée n° 78-17, art. 8 (issu de la L. préc. n° 2004-801, art. 2). Sur cette notion, v. *infra* II, A.

²⁴ L. modifiée n° 78-17, art. 26 (issu de la L. préc. n° 2004-801, art. 4).

compétence au pouvoir réglementaire pour créer des traitements policiers. C'est ainsi que le collectif « Non à EDVIGE »²⁵ – qui regroupait quelques 700 personnes morales (comme la Ligue des droits de l'homme, le Syndicat des avocats de France ou de la magistrature), et des élus de l'opposition auteurs d'une proposition de loi sur les fichiers de police²⁶ – a défendu l'idée que leur création appartenait exclusivement au législateur.

À l'appui de leur thèse, les intéressés invoquent l'article 34 de la Constitution qui confie à la loi le soin de « fixer (...) les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ». Comme les bases de données policières permettent, du fait des progrès technologiques, de recenser des informations de plus en plus « intrusives » – photos d'identité, empreintes digitales, mais aussi génétiques etc. –, elles constituent selon eux une menace pour l'existence même de ces libertés. De sorte que leur création devrait systématiquement être subordonnée à « l'autorisation (...) de la loi »²⁷, dès lors que la jurisprudence constitutionnelle estime que l'article 34 lui réserve le droit de *mettre en cause* les libertés publiques²⁸.

Jusqu'en 2010, ce n'est qu'en vain qu'une telle interprétation aurait pu être invoquée à leur encontre. Dès lors qu'elles se rattachent à l'organisation du service public administratif de la police²⁹, les actes les autorisant peuvent être contestés devant le juge administratif. Mais la théorie de la loi-écran conduisait traditionnellement ce dernier à considérer que « le moyen tiré de ce que (...) la loi » servant de fondement à l'acte attaqué « serait contraire aux lois constitutionnelles » n'est pas « en l'état actuel du droit public français (...) de nature à être discuté (...) au contentieux »³⁰. De sorte que la question de savoir si le législateur avait valablement pu déléguer au pouvoir réglementaire le soin de créer les traitements policiers ne pouvait lui être posée. Tout a cependant changé avec l'entrée en vigueur de la QPC, puisqu'il revient désormais en principe au juge ordinaire de transmettre au Conseil constitutionnel les exceptions d'inconstitutionnalité dont il est saisi, chaque fois qu'elles soulèvent un problème de droit nouveau et sérieux³¹. Dès lors qu'elle semble satisfaire à ces conditions, la question

²⁵ Formé pour demander le retrait du système d'Exploitation Documentaire et de Valorisation de l'Information Générale (D. n° 2008-632 du 27.6.2008, *JO* 1^{er}.7.2008, texte n° 3).

²⁶ « Proposition de loi de D. Batho et J. A. Bénisti, relative aux fichiers de police », *Doc. AN* 7.5.2009, n° 1659.

²⁷ *Id.*, p. 2.

²⁸ CC 83-162 DC des 19-20.7.1983, Démocratisation du secteur public, *Rec.* 49, cs. 30 et 31.

²⁹ Cf. TC 29.12.1908, Feutry, *Rec.* 208 (donnant la définition traditionnelle du service public) et CE Ass. 16.11.1956, Union synd. des industries aéronautiques, *D.* 1956. 759, concl. Laurent (précisant les critères d'identification des SPA).

³⁰ CE Sect. 6.11.1936, Arrighi, *Rec.* 966.

³¹ Ord. n° 58-1067 du 7.11.1958, art. 23-2 (issu de la L. org. préc. n° 2009-1523, art. 1^{er}).

de la nature juridique de l'acte instituant un fichier de police pourrait donc aujourd'hui être transmise au juge constitutionnel par ce biais.

Il n'est toutefois pas sûr que ce dernier accepte d'y voir des mesures *mettant en cause* les libertés publiques. Car, pour protectrice qu'elle soit, cette interprétation présenterait l'inconvénient de priver le gouvernement de la réactivité dont il a besoin pour adapter les « outils » policiers aux évolutions de la criminalité. Il ne faudrait en effet pas que, sous prétexte de résister à l'idéologie sécuritaire, le législateur ne contraigne le pouvoir réglementaire à l'immobilisme.

En comparaison, la solution retenue depuis 1978 présente le double avantage d'éviter cet écueil tout en respectant l'héritage libéral de 1789. Elle tend à présenter leur création comme des mesures *mettant en œuvre* l'exercice des libertés publiques et à en déduire la compétence du gouvernement pour les réglementer dans les limites fixées par la loi.

Si son intervention se trouve pour cette raison rattachée, non au pouvoir réglementaire autonome qu'il tient de l'article 37, mais à son pouvoir réglementaire supplétif d'application des lois, la question s'est posée du degré de contrainte que devait représenter pour lui les avis de la CNIL ou du Conseil d'État. Un examen attentif du droit positif montre que cette interrogation a elle-même reçu deux réponses dans le temps, inégalement avantageuses pour les justiciables.

B. L'INCERTITUDE SUR LA VALIDITÉ DU CARACTÈRE SIMPLEMENT OBLIGATOIRE DES AVIS DEVANT ÊTRE DÉLIVRÉS AU POUVOIR RÉGLEMENTAIRE

De 1978 à 2004, l'héritage libéral de 1789 a conduit le législateur à placer le gouvernement dans une situation de compétence liée, en subordonnant la création de tout nouveau fichier à l'accord d'autorités soustraites à son pouvoir hiérarchique. Non seulement en effet la loi informatique et liberté de 1978 conditionnait initialement leur validité à l'avis préalable de la CNIL, mais le gouvernement ne pouvait passer outre sa décision que « par décret pris sur avis conforme du Conseil d'État »³².

À partir de 2004, la montée en puissance de l'idéologie sécuritaire a toutefois amené les parlementaires à lui reconnaître un pouvoir discrétionnaire dans ce domaine, en relativisant le caractère contraignant de leurs interventions.

³² L. n° 78-17 du 6.1.1978, JO 7.1.1978. 228, art. 15.

En pratique, les gouvernants – de droite comme de gauche – ont en effet souvent été tentés de court-circuiter ces avis, comme l’a constaté la justice³³ à propos du système CANONGE, le fichier photographique servant à identifier les auteurs d’infractions³⁴. Plutôt que de s’astreindre au respect de la loi, le gouvernement a paradoxalement préféré prendre l’initiative d’une réforme législative assouplissant le formalisme du texte de 1978³⁵. Sous prétexte de transposer une directive européenne, celle-ci a substitué un « avis motivé »³⁶ à l’avis favorable jusque là exigé de la Commission. Si, comme on l’a vu, il oblige en contrepartie le pouvoir réglementaire à systématiquement consulter le Conseil d’État lorsque le fichier porte sur des informations dites « sensibles », son avis cesse d’être conforme. De sorte que l’intervention de la CNIL et du juge suprême de l’ordre administratif se résume dorénavant à donner un simple avis obligatoire³⁷, que le gouvernement est obligé de demander mais non de respecter³⁸.

Sans doute le Conseil constitutionnel a-t-il admis la constitutionnalité des nouvelles dispositions applicables aux fichiers ne contenant pas de données sensibles³⁹ (fichiers types « art. 26, §I »). Mais, d’une part, il ne s’est pas prononcé sur celles relatives aux traitements en comportant (fichiers types « art. 26, §II »). Si bien que ces dernières pourraient être contestées devant lui par le biais de la QPC. Et, d’autre part, la pratique a montré le peu de considération que les gouvernants ont pour les avis de la CNIL. C’est l’un des enseignement de l’affaire EDVIGE, le gouvernement Fillon se servant lors de sa création des dispositions plus favorables de 2004 pour écarter les mises en garde de la Commission alors qu’elle doutait – à juste titre – de la légalité du système, du fait notamment de l’absence de « procédure de mise à jour et d’apurement des fichiers », de « politique de traçabilité des actions » ou de précisions suffisantes sur la durée maximum du stockage de certaines données⁴⁰. La non-publication de l’avis du Conseil d’État ne permet pas de vérifier s’il a été davantage suivi. Mais rien n’interdit de penser que tel n’a pas été le cas. Or, ces

³³ Cf. Arr. du 26.1.1988, *JO* 5.2.1988. 1753 et du 3.5.1989, *JO* 25.5.1989. 6546 et TGI Marseille 23.3.1995, Claude R c/ Min. de la Justice (inédit). Dans le même ordre d’idée, le président de la CNIL a dénoncé la décision du ministère de l’intérieur d’utiliser le logiciel ARDOISE sans demander à la Commission son avis sur son contenu (Türk A., « Lettre au ministre de l’intérieur », Doc. CNIL n° AT/YPA/SV/GDP/MMR/SCS/DI082089).

³⁴ D. modifié n° 2001-583 du 5.7.2001, *JO* 6.7.2001, texte n° 13, art. 4.

³⁵ « Projet de loi du 18.7.2001 », *Doc AN* 2000-2001, n° 3250 ; L. n° 2004-801 du 6.8.2004, *JO* 7.8.2004, texte n° 2.

³⁶ L. n° 78-17, art. 26 préc.

³⁷ CE 2.5.1990, Joannides, *AJDA* 1990. 729, note Prétot.

³⁸ Lebreton G., *Droit administratif général*, *op. cit.*, n° 161.

³⁹ CC 2004-499 DC du 29.7.2004, Loi relative à la protection des personnes physiques à l’égard des traitements de données à caractère personnel, *JO* 7.8.2004, texte 9, cs. 26.

⁴⁰ Avis n° 2008-174 du 16.6.2008, *JO* 1^{er}.7.2008, texte n° 85.

considérations de fait, forcément nouvelles par rapport à la date à laquelle le juge constitutionnel a rendu sa décision, pourraient être invoquées à l'appui d'une QPC pour obtenir le réexamen de la procédure d'adoption prévue par l'article 26, §I, dès lors qu'une telle question est recevable contre une disposition législative déjà « déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel » en cas de « changement de circonstances »⁴¹.

Une clarification des règles applicables serait en tout cas la bienvenue, dans la mesure où un amendement de la majorité parlementaire a récemment suggéré de renforcer, non pas les garanties offertes au justiciable en la matière, mais le « blanc-seing » donné aux ministres pour « passer par la voie réglementaire »⁴², en énumérant de façon extrêmement large et générale des catégories et finalités de traitements pouvant être créés par simple arrêté⁴³. Si la constitutionnalité de cette proposition apparaît douteuse, il en est de même de celle des règles législatives de fond précisant le contenu des données pouvant être fichées.

II. LES INCERTITUDES RELATIVES AUX REGLES DE FOND DEFINISSANT LE CONTENU DES DONNEES FICHEES

L'insuffisance des règles de fond encadrant le contenu des traitements policiers se déduit des autorisations expresse (A) et tacite (B) données par le législateur au fichage de certaines informations.

A. L'INCERTITUDE SUR LES DISPOSITIONS AUTORISANT EXPRESSÉMENT LE FICHAGE DES DONNÉES SENSIBLES À TITRE EXCEPTIONNEL

L'héritage libéral de 1789 a conduit les parlementaires à interdire au gouvernement de collecter – directement ou indirectement – certaines informations « sensibles ». Si, depuis 1978, se trouve à ce titre prohibé le fichage de celles relatives aux « origines raciales » ou aux « opinions politiques, philosophiques ou religieuses » ou aux « appartenances syndicales des personnes »⁴⁴, est également défendu, depuis 2004, l'enregistrement des données portant sur les « origines ethniques », « la santé » ou « la vie sexuelle »⁴⁵.

⁴¹ Ord. préc. du 7.11.1958, art. 23-2.

⁴² D. Batho citée in « L'UMP ouvre la porte à la création de nouveaux fichiers », *Le Monde* 26.11.2009. Dans le même sens v. *JOAN CR*, séance du 10.12.2009. 10132.

⁴³ Cf. « Proposition de loi de J.-L. Warsmann, relative à la simplification et à l'amélioration de la qualité du droit », *Doc AN* 7.8.2009, n° 1890 et « Intervention de J. A. Bénisti », *JOAN CR*, séance du 1^{er}.12.2009. 10084.

⁴⁴ L. n° 78-17, *JO* 7.1.1978. 229, art. 31

⁴⁵ *Id.*, art. 8 (issu de la L. préc. n° 2004-801, art. 2).

Là encore toutefois, la montée en puissance de l'idéologie sécuritaire a parallèlement conduit le parlement à autoriser de façon dérogatoire la collecte de ces informations lorsque cela apparaît nécessaire 1°) « pour garantir, la sûreté de l'État, la défense ou la sécurité publique » ou 2°) pour assurer la répression d'infractions pénales ou l'exécution de mesures de sûreté⁴⁶. Or, la constitutionnalité de ces exceptions est discutable, dès lors qu'elles permettent implicitement à l'État de s'immiscer dans l'intimité même des individus.

Cette caractéristique du totalitarisme sert de trame à *1984*, le célèbre ouvrage de George Orwell mettant en scène un monde placé en permanence sous la surveillance des autorités. « *Big Brother* vous regarde » y est-il constamment répété à ses habitants pour leur rappeler qu'aucune partie de leur être ne lui échappe. Or, EDVIGE a montré que la loi autorisait d'une certaine façon le gouvernement à s'insinuer dans les esprits, en l'habilitant à recenser à titre dérogatoire, non pas les « activités »⁴⁷, mais bien les « opinions politiques, philosophiques ou religieuses »⁴⁸ des personnes (souligné par nous). Si le terme d'« opinion » est aussi dérangeant, c'est parce qu'il permet implicitement d'opérer un contrôle des pensées. Autant en effet le terme d'« activité » désigne des données extérieures, pouvant être objectivement établies à la lumière du comportement de l'individu, autant celui d'« opinion » renvoie à des données intérieures, qui supposent pour pouvoir être établies de s'immiscer dans son esprit même. Sans doute le Conseil constitutionnel n'y a-t-il rien trouvé à redire dans sa décision précitée de 2004. Mais, depuis, les circonstances de fait ont également changé, dès lors que les neurosciences se vantent désormais de déterminer avec près de 95% d'exactitude si une personne dit ou non la vérité⁴⁹. C'est pourquoi la constitutionnalité de cette première série d'exceptions pourrait être attaquée par le biais de la QPC.

Qu'advierait-il en outre de ceux dont les opinions seraient en totale opposition avec la doctrine officielle du régime ? Dans la perspective totalitaire, la réponse ne fait aucun doute : il faudrait les rééduquer ou, à défaut, les éliminer. Ils rejoindraient ainsi la cohorte de ceux qu'une propagande savamment élaborée érige en responsables de tous les maux du peuple. La stigmatisation est en effet une autre caractéristique du totalitarisme. Celui-ci cherche le plus souvent à imputer les malheurs de la société à un bouc émissaire. Qu'il s'agisse du bourgeois dans les régimes communistes, du juif dans l'« État raciste »⁵⁰

⁴⁶ L. modifiée n° 78-17, art. 26 (issu de la L. préc. n° 2004-801, art. 4).

⁴⁷ D. n° 91-1051 du 14.10.1991, *JO* 15.10.1991. 13498, art. 1^{er}.

⁴⁸ D. préc. n° 2008-632, art. 2.

⁴⁹ « Cerveau : La vérité si je mens », *L'Express* 6.3.2009.

⁵⁰ *Mein kampf* (*Mon combat*), La défense française 2007. 375.

d'Adolphe Hitler... peu importe. L'essentiel est que les autorités puissent s'employer à le retrouver pour purifier la nation et assurer sa prospérité. Or, les règles législatives seraient là encore d'un faible secours contre ceux qui voudraient renouer avec ces pratiques, dans la mesure où elles permettent à titre dérogatoire la consignation des données relatives, outre à « la santé », à la « vie sexuelle » et aux « origines raciales ou ethniques »⁵¹. Il aurait été plus conforme à l'héritage de 1789 de faire porter les exceptions sur le fichage de l'orientation sexuelle (au lieu de la vie sexuelle), de l'origine géographique (à la place de l'origine ethnique) ou du « type » – caucasien, nord africain etc. – (et non de l'origine raciale), du fait du caractère plus objectifs de ces critères.

Si, pour cette raison, la constitutionnalité de cette seconde série d'exceptions apparaît tout aussi incertaine, il en va de même de l'autorisation implicitement donnée au gouvernement de stocker certaines informations.

B. L'INCERTITUDE SUR LES DISPOSITIONS AUTORISANT IMPLICITEMENT LE FICHAGE DES DONNÉES SANS CONDITION D'ÂGE OU DE DURÉE

La préservation de l'héritage libéral de 1789 aurait dû conduire le législateur à préciser l'âge minimum des personnes pouvant être fichées et la durée maximale de conservation des données. Il aurait par exemple pu s'inspirer des règles en vigueur en droit pénal pour interdire le fichage des mineurs de moins de 10 ans⁵² et la conservation des informations au-delà de 10 ans à partir de leur enregistrement⁵³, rien ne lui interdisant de prévoir des exceptions à cette dernière règle pour certains types d'infractions particulièrement graves, notamment en matière de terrorisme.

La montée en puissance de l'idéologie sécuritaire a cependant encouragé les parlementaires à laisser au pouvoir réglementaire le soin de fixer ces seuils.

C'est ce qui explique que le gouvernement Fillon ait pu librement décider d'autoriser le fichage de certains jeunes de 13 ans dans le cadre d'EDVIGE. Sans doute le ministre de l'intérieur avait-il justifié la mesure par des considérations de droit et de fait, en rappelant que la majorité pénale était désormais fixée à cet âge et que les mineurs représentaient « plus de

⁵¹ L. préc. n° 78-17, art. 26 et 8.

⁵² Ces derniers ne pouvant faire l'objet d'aucune mesure répressive. V. Ord. n° 45-174 du 2.2.1945, art. 2 (issu de la L. n° 2002-1138 du 9.9.2002, *JO* 10.9.2002, texte n° 1, art. 12) : interdiction de prononcer une « sanction éducative » contre un mineur de moins de 10 ans ; art. 4 (issu de la L. n° 2007-291 du 5.3.2007, *JO* 6.3.2007, texte n° 5, art. 29) : interdiction de placer en garde à vue ou de recourir à une mesure de « retenu » contre un mineur de moins de 10 ans.

⁵³ L'action publique se prescrivant en principe au bout de 10 années révolues en matière criminelle. V. C. pr. pén., art. 7 (issu de la L. n° 2006-399 du 4.4.2006, *JO* 5.4.2006, texte n°1, art. 14).

48 % » des auteurs de vol avec violence et « 25 % »⁵⁴ des violeurs. Mais, outre que la CNIL avait regretté l'absence de toute contrepartie en termes de « garanties renforcées »⁵⁵, c'est une des caractéristiques des régimes totalitaires que de justement s'employer à « contrôler » la jeunesse. C'est pourquoi la consignation de ces informations peut paraître dangereuse. De même, seul le silence de la loi a permis au fichier controversé d'autoriser la conservation des données de façon illimitée en cas de trouble à l'ordre public, au mépris de l'idéal de clémence qui inspire traditionnellement le droit pénal français⁵⁶ et alors que les justiciables n'ont rien à gagner à ce que le pouvoir réglementaire puisse déterminer librement le temps de conservation des informations : en tant que premier responsable du maintien de l'ordre public⁵⁷, le gouvernement a au contraire tout intérêt à l'étendre au maximum.

La constitutionnalité du pouvoir qui lui est reconnu en la matière apparaît donc doublement douteuse. Outre que sa faculté d'être à la fois juge et partie sur ces questions semble contrevenir à la « conception française de la séparation des pouvoirs »⁵⁸, la marge de manœuvre qui lui est reconnue caractérise un vice d'incompétence négative, le législateur ne pouvant en principe se décharger « sur les autorités administratives » du « soin de fixer des règles dont la détermination lui a été confiée par la Constitution »⁵⁹. À partir en effet du moment où la fixation de ces seuils constitue l'une des « garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques » au sens de l'article 34 C., le parlement a manqué à ses obligations en ne les précisant pas davantage.

* *
*
*
*

La constitutionnalité du cadre législatif des fichiers de police est donc pleine d'incertitudes. S'il paraît nécessaire de clarifier l'état du droit, c'est pour éviter qu'ils ne fassent l'objet d'un détournement de pouvoir, dans les deux sens que la jurisprudence administrative donne à l'expression. Il convient en effet tout d'abord d'éviter qu'ils soient

⁵⁴ « Le fichage des mineurs de plus de 13 ans suscite l'indignation », *Le Monde* 2.7.2008.

⁵⁵ Avis préc. du 16.6.2008.

⁵⁶ En ce sens, v. Dreyer E., « La clémence en droit pénal » in Jude J.-M. (dir.), *La clémence et le droit. Actes du colloque organisé par le GREDFIC de l'Université du Havre les 18 et 19.11.2009* (à paraître). V. également Bottini F., « De la concorde à la discorde (ou du bon usage de la clémence en droit public) », *id.*

⁵⁷ CE 8.8.1919, Labonne, *GAJA*.

⁵⁸ CC 86-224 DC du 23.1.1987, Conseil de la concurrence, *JO* 25.1.1987. 925, cs. 15.

⁵⁹ CC 2004-503 DC du 12.8.2004, Loi relative aux libertés et responsabilités locales, *Rec.* 150, cs. 29.

utilisés dans un but d'intérêt général autre que celui désigné par les textes⁶⁰, notamment pour servir de « casier judiciaire parallèle »⁶¹, en méconnaissance de la présomption d'innocence, afin de connaître le passé des délinquants qui, bien que déjà poursuivis, n'ont jamais été condamnés. Ensuite – et peut-être surtout –, il convient de faire en sorte qu'ils ne puissent être utilisés dans un but d'intérêt privé⁶², comme cela arrive encore trop souvent parfois. Tandis que l'affaire Besancenot a révélé la tentation de certains policiers de s'en servir pour arrondir leur fin de mois, en fournissant à des tiers des informations confidentielles sur un individu⁶³, l'affaire Soumaré a rappelé qu'un parti majoritaire pouvait trouver dans ces fichiers de précieuses informations pour discréditer ses opposants⁶⁴.

Ces traitements doivent être manipulés avec d'autant plus de précautions qu'ils ne sont jamais fiables à 100%. Outre que le pourcentage des données erronées ou non justifiées est passé de 25 % en 2001 à 83 % en 2008⁶⁵, la fiche rédigée en 1924 par les services de renseignement français à propos d'Adolphe Hitler relativise leur intérêt. À l'en croire en effet, l'intéressé se serait prénommé « Adolphe Jacob » et serait né en 1880, à Passau, en Allemagne alors qu'il n'a jamais eu ce second prénom, qu'il est né 9 ans plus tard et qu'il est venu au monde à Braunau-am-Inn en Autriche⁶⁶... Il serait ainsi dangereux d'y voir le remède miracle à l'insécurité, aucun fichier, si sophistiqué soit-il, ne pouvant remplacer le « flair » policier.

⁶⁰ CE 26.11.1875, Pariset et Laumonnier-Carriol (2 esp.), *Rec.* 936.

⁶¹ Gautron V., « La prolifération incontrôlée des fichiers de police », *AJDP* 2007. 57.

⁶² CE 16.11.1900, Maugras, *Rec.* 617.

⁶³ « Affaire Besancenot : interrogations sur une "amicale" d'anciens policiers », *Le Monde* 29.10.2008.

⁶⁴ « Une quarantaine de policiers ont consulté la fiche judiciaire d'Ali Soumaré », *Le Monde* 4.3.2010.

⁶⁵ « EDVIGE 2 est un fichier de présomptions », *Le Monde* 20.10.2009. Dans le même sens, v. « Sentinelles de l'informatique », *Le Monde* 5.01.2010 d'où il ressort que la CNIL a constaté que le système STIC – qui contient les données relatives à 28,3 millions de victimes et 5,5 millions d'auteurs – était erroné à 82%.

⁶⁶ « Genre fasciste », *Le Monde* 20.11.2009.