



HAL
open science

L'anticipation de la répression à l'épreuve des droits et libertés fondamentaux

Katarzyna Blay-Grabarczyk, Marie-Christine Sordino

► **To cite this version:**

Katarzyna Blay-Grabarczyk, Marie-Christine Sordino. L'anticipation de la répression à l'épreuve des droits et libertés fondamentaux. L'anticipation de la répression : innovation ou regression, 2016. hal-03835890

HAL Id: hal-03835890

<https://hal.umontpellier.fr/hal-03835890>

Submitted on 1 Nov 2022

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.

L'anticipation de la répression à l'épreuve des droits et libertés fondamentaux

Katarzyna BLAY-GRABARCZYK

Maitre de conférences HDR

Université de Montpellier

IDEDH (EA 3976)

La prévention des infractions pénales entre naturellement en conflit avec la protection des droits et libertés fondamentaux. Si ces deux thématiques ont pu souvent être analysées de manière séparée, elles évoluent parallèlement et tout en se croisant de plus en plus fréquemment. La question de la protection des droits fondamentaux a été beaucoup abordée et interprétée en aval des infractions pénales (c'est-à-dire une fois que celle-ci avait été commises). Successivement, les questions ayant trait aux gardes-à-vue, enquêtes, déroulements des procès eux-mêmes, puis aux exécutions des décisions de justice ont significativement évoluées. Sous l'égide du juge constitutionnel et du juge européen des droits de l'homme le concept du « procès équitable » s'est progressivement forgé. Avec l'affirmation de notions telles que l'« Etat de droit », la « société démocratique » ou la « prééminence du droit », il devenait indispensable d'offrir un socle de garanties procédurales minimales à l'individu justiciable et en particulier à la personne présumée coupable, à savoir l'équité des procédures, le respect des droits de la défense ou encore l'indépendance et l'impartialité des instances juridictionnelles. La protection des droits fondamentaux constituait le socle incompressible, un « standard » commun aux Etats du continent européen se considérant comme de véritables Etats démocratiques¹.

En revanche, la question de la protection des droits fondamentaux a été beaucoup moins abordée en amont, avant même que l'infraction ait été commise. Or, si l'accusé peut bénéficier de garanties procédurales adéquates au cours de l'enquête et du procès, le citoyen, lui aussi, semble désormais vouloir bénéficier de certaines garanties parmi lesquelles figure celle d'être protégé. Petit à petit, la question de la prévention des infractions, puis même d'un

¹ Le statut du Conseil de l'Europe, signé à Londres le 5 mai 1949, prévoit dans son Préambule que les Etats membres sont « *inébranlablement attachés aux valeurs spirituelles et morales qui sont le patrimoine commun de leurs peuples et qui sont à l'origine des principes de liberté individuelle, de liberté politique et de prééminence du droit, sur lesquels se fonde toute démocratie véritable* ». Son article 3 énonce également que « *tout membre (...) reconnaît le principe de la prééminence du droit et le principe en vertu duquel toute personne placée sous sa juridiction doit jouir des droits de l'homme et des libertés fondamentales* ».

véritable droit à la sécurité, a émergé. « Effet de mode »² selon certains auteurs, le terme de « sécurité » apparaît de plus en plus souvent comme un concept juridique. On le retrouve dans les traités européens (objectif de garantir la sécurité de l'Union, des Etats, de la population, assurer l'intégrité physique des personnes) ou encore dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme³. Si dans un premier temps les écrits notamment de Hobbes ont permis de voir le droit à la sécurité comme un droit à la sûreté physique, ce concept est désormais entendu plus largement. L'intégrité physique des personnes doit dorénavant se trouver « à l'abri des risques de toute nature »⁴.

Le contexte actuel, caractérisé par la menace des attentats et la mise en œuvre de l'état d'urgence se prête tout particulièrement au débat en la matière. Ces questions sont devenues particulièrement d'actualité à la suite des attentats du 13 novembre 2015, de la déclaration⁵ puis prolongation⁶ de l'état d'urgence sur le fondement de la loi du 3 avril 1955⁷ ou encore compte tenu du contexte de crise migratoire que traverse l'Europe depuis bientôt deux ans.

Si le droit subjectif à la sécurité n'a pas été consacré par le Conseil constitutionnel⁸ ou si le Conseil d'Etat refuse de consacrer le droit à la sécurité comme une liberté fondamentale⁹, il n'en demeure pas moins que la sécurité devient progressivement une véritable obligation à la charge des Etats, notamment dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁰. Le droit pénal est la branche du droit qui témoigne certainement le mieux de ces

² M. Afroukh, « L'émergence d'un droit à la sécurité des personnes dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RDJ* 2015, p. 139 et s.

³ Cf. C. Vial, « De l'obligation de sécurité au droit à la sécurité dans l'Union européenne ? », in H. Arbousset, C. Lacroix et B. Steinmetz (dir.), *Risques, accidents et catastrophes. Liber amicorum en l'honneur de Marie-France Steinlé-Feuerbach*, L'Harmattan, 2015, p. 67 et s.

⁴ M. Afroukh, *préc.*

⁵ Décrets n° 2015-1475 et n° 2015-1476 du 14 novembre 2015 portant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955, *JORF* 14 nov. 2015, p. 21297 ; le Décret n° 2015-1493 du 18 novembre 2015 portant l'application outre-mer de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955, *JORF* 19 nov. 2015, p. 21517.

⁶ Loi n° 2015-1501 du 20 novembre 2015 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions, *JORF* 21 novembre 2015, p. 21665 ; la loi n° 2016-162 du 19 février 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, *JORF* 20 février 2016, texte n° 5 ; la loi n° 2016-629 du 20 mai 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, *JORF* 21 mai 2016, texte n° 1 ou encore la loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et portant mesures de renforcement de la lutte antiterroriste, *JORF* 22 juillet 2016, texte n° 2.

⁷ La loi n° 55-583 du 3 avril 1955 instituant un état d'urgence et en déclarant l'application en Algérie, *JORF* 7 avril 1955, p. 3479.

⁸ CC, 22 juillet 1980, n° 80-117 DC, *Loi sur la protection et le contrôle des matières nucléaires*, *JORF* 24 juillet 1980, p. 1867.

⁹ CE, 16 novembre 2011, *Ville de Paris et SEM Paris-Seine*, n° 353172 et 353173, *JCP A* 2012, 2012, note B. Pacteau.

¹⁰ V. par ex. Cour EDH, 20 mars 2008, *Boudaïeva et al. c. Russie*, req. n° ???, *JCP G* 2008, I, 167, n° 2, chron. F. Sudre (affaire concernant le décès de plusieurs habitants d'une ville détruite par des coulées de boue) ; CEDH, 14 juin 2011, *Ciechonska c. Pologne*, req. n° 19776/04, *JCP G* 2011, 914, n° 3, chron. F. Sudre (affaire

attentes. En effet, les citoyens se sentent de plus en plus vulnérables face à cette délinquance moderne, mouvante et internationalisée. Cette vulnérabilité, particulièrement mise en exergue au moment des derniers attentats, justifie les démarches des autorités publiques dans un objectif d'anticipation et de prévention de la répression.

Ces dernières années, plusieurs lois ont été adoptées dans ce sens, notamment celle du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme¹¹ ; celle du 24 juillet 2015 relative à renseignement¹² ou encore celle du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale¹³. Ces divers dispositifs législatifs visent non seulement à permettre le traitement des informations acquises par les différents services étatiques au moment de leurs enquêtes mais aussi à « *anticiper et à cette fin, {à} disposer d'une autonomie d'appréciation, de décision et d'action* »¹⁴.

Cette anticipation n'est toutefois pas anodine dans la mesure où elle ne peut être effective qu'en s'ingérant dans certains droits et libertés fondamentaux. Cependant, toute ingérence dans un droit ou une liberté fondamentale n'est pas automatiquement inconstitutionnelle ou inconstitutionnelle. Toutefois, afin que les diverses actions préventives puissent être conformes aux différents contrôles juridictionnelles, celles-ci doivent remplir un certain nombre de conditions : des dispositions législatives ou réglementaires suffisamment claires et précises, la poursuite d'un but légitime, la proportionnalité des mesures adoptées à la gravité des faits ou de la situation...

Une ingérence dans les droits et libertés fondamentaux peut donc être justifiée, rendant ainsi l'anticipation de la répression compatible avec ce corpus. Tous les droits et libertés fondamentaux ne sont par ailleurs pas immédiatement remis en cause par les actions préventives. En revanche, certains d'entre eux sont plus particulièrement exposés aux atteintes potentiellement commises par des autorités publiques. De même, en raison des caractères protéiforme et hétérogène des actes délictueux, des moyens sophistiqués d'investigation (écoutes, géolocalisations, fichages automatiques, captations de données) ou de prévention (rétentions, assignations à résidence, hospitalisations d'office), forcément

concernant la chute d'un arbre ayant entraîné la mort d'un homme en raison d'un défaut d'entretien par les services municipaux) ou encore Cour EDH, 26 juillet 2011, *Stoicescu c. Roumanie*, req. n° 9718/03, *JCP G* 2011, 997, act. K. Grabarczyk.

¹¹ Loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, *JORF* 14 novembre 2014, p. 19162.

¹² Loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement, *JORF* 26 juillet 2015, p. 12735.

¹³ Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale, *JORF* 4 juin 2016, texte n° 1.

¹⁴ X. Latour, « La loi relative au renseignement : un Etat de surveillance ? », *JCP A* 2015, 2286.

intrusifs tant dans la liberté individuelle des individus que dans leur vie privée, doivent être mises en oeuvre. Les interrogations principales résidant donc dans le fait de savoir quel est le degré d'intrusion acceptable pour la société ? et où le curseur doit être placé par les autorités publiques ?

Si les événements récents, particulièrement médiatisés, et les réactions, empreintes d'émotions, pourraient laisser entendre que les autorités publiques devraient adopter des mesures particulièrement fortes et intrusives pour garantir la sécurité des citoyens, la réponse juridique est beaucoup plus nuancée. En effet, l'anticipation de la répression peut potentiellement porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux (I). Ces deux aspects (anticipation/respect des droits fondamentaux) demeurent toutefois conciliables – grâce à l'intermédiaire du contrôle exercé sur des mesures décidées (II).

I) L'anticipation de la répression potentiellement attentatoire aux droits et libertés fondamentaux

Afin de répondre aux exigences sécuritaires, certaines limitations ou dérogations sont souvent nécessaires. Les différents régimes des droits et libertés fondamentaux ne s'opposent pas en tant que tels à toute limitation ou dérogation. Pour ne citer qu'un seul texte, l'article 15 de la Convention EDH prévoit qu' « *en cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute Haute partie contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations par la présente Convention* ».

Aborder l'ensemble des dispositions et des cas de figure dans lesquels la prévention de la répression peut entrer en collision avec des droits et libertés fondamentaux dépasse largement les limites d'une contribution. Toutefois, deux de ces droits semblent plus particulièrement touchés par les dispositifs de prévention et justifient une attention particulière: le droit à la liberté individuelle (A) et le droit au respect de la vie privée, de la vie familiale et du domicile (B).

A- Les mesures privatives ou restrictives de liberté

La plupart des systèmes juridiques modernes instaure la règle fondamentale de la présomption à la liberté, traduite aujourd'hui dans les divers textes nationaux et internationaux comme le droit à la liberté et à la sûreté. Ce droit, dont l'origine remonte à 1215 dans le système juridique britannique qui prévoyait déjà des garanties contre les privations de libertés

arbitraires¹⁵, est aujourd'hui inscrit dans l'article 7 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen¹⁶ ainsi qu'à l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁷.

Dans ces différents textes, la liberté et la sûreté s'enchevêtrent, la sûreté étant entendue comme le droit à n'être privé de sa liberté que dans des cas précis, explicitement déterminés et délimités par la loi¹⁸. La concrétisation de ces dispositions est particulièrement mise en exergue par l'article 66 de la Constitution qui insiste sur le fait que « *nul ne peut être arbitrairement détenu* ». Afin de garantir l'individu d'éventuelles privations arbitraires, le juge judiciaire s'est ainsi vu confier le rôle de gardien de la liberté individuelle dans tous ses aspects¹⁹.

Malgré la connotation habituellement donnée, la privation de liberté n'intervient pas uniquement *a posteriori*, à titre punitif. Elle peut également intervenir à titre préventif. En revanche, des dispositions très précises encadrent de manière particulièrement stricte les cas de figure dans lesquels il est possible de priver une personne de sa liberté en amont d'une décision de justice et donc de manière préventive : détention provisoire, rétention d'un étranger, hospitalisation d'office, ... La marge d'appréciation des autorités est toutefois particulièrement étroite et toute privation de liberté doit être compatible avec les buts légitimes qu'elle poursuit. Les mesures de sûreté en sont les exemples le plus significatifs. En effet, certains pays²⁰ autorisent dans leurs législations pénales différentes formes de

¹⁵ Les premières garanties contre les privations de libertés arbitraires ont été affirmées en 1215 dans la *Magna Carta*, puis en 1640 et 1679 dans l'*Habeas Corpus Act* et enfin en 1689 dans le *Bill of Rights*.

¹⁶ L'article 7 de la DDHC proclame que « *nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi, et selon les formes qu'elle a prescrites* ». En outre, l'article 2 de la DDHC prévoit que « *le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression* ».

¹⁷ L'article 5 de la Convention EDH prévoit que « *toute personne a droit à la liberté et à la sûreté* ». En vertu de cette disposition, nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas expressément énumérés par ce texte, à savoir la détention après une condamnation (alinéa a), la détention après une arrestation en vertu d'une ordonnance judiciaire ou d'une obligation légale (alinéa b), la détention provisoire (alinéa c), la détention d'un mineur (alinéa d), la détention des personnes catégorisées telles qu'aliénés, toxicomanes, vagabonds ou susceptibles de propager une maladie contagieuse (alinéa e) ou encore la détention d'un étranger (alinéa f).

¹⁸ Ch. Lazerges, « Dédoublément de la procédure pénale et garantie des droits fondamentaux », in *Les droits et le Droit. Mélanges dédiés à Bernard Buloc*, Dalloz, 2007, p. 575 et s.

¹⁹V. par ex. CC, 29 décembre 1983, n° 83-164 DC, *Loi de finances pour 1984*, cons. 28, GDCC n° 45 ; CC, 2 mars 2004, n° 2004-492 DC, *Loi portant l'adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, cons. 4 et 6, GDCC n° 46 ou CC, n° 2011-641 DC, 8 décembre 2011, *Loi relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles*, cons. 14, RFDC 2012, 851, obs. J.-B. Perrier.

²⁰ La Belgique a par exemple introduit dans un premier temps un dispositif de « mise à la disposition du gouvernement », remplacé depuis le 1^{er} janvier 2012 par un dispositif de « mise à la disposition du tribunal de l'application des peines » qui est une peine complémentaire pouvant être prononcée par le juge pénal (cf. Cour EDH, 13 oct. 2009, *De Schepper c. Belgique*, req. n° 27428/07 concernant le premier dispositif de la mise à la disposition du gouvernement).

De même, le Code pénal allemand, outre l'existence des peines, prévoit (depuis 24 novembre 1933) également les mesures d'amendement et de prévention dont la rétention de sûreté (article 66 du Code pénal allemand). Leur principal objectif est de réadapter les délinquants dangereux et protéger la collectivité. Au moment de prononcer le jugement, la juridiction compétente peut dans certains cas de figure ordonner la mise en détention de sûreté de

restrictions à la liberté à l'encontre de délinquants jugés dangereux pour la collectivité en raison des risques de récidive qu'ils représentent. Ainsi, en France la loi du 25 février 2008, reformée en 2010, a introduit un dispositif de rétention de sûreté visant ouvertement à prévenir la commission d'actes portant atteinte à l'intégrité des personnes²¹.

Les mesures de sûreté décrites interviennent concomitamment à une procédure pénale et interviennent en parallèle d'une peine et de la reconnaissance de la culpabilité d'un individu. Or, d'autres mesures administratives peuvent également intervenir beaucoup plus en amont. Les exemples classiques de ce type de mesures préventives comportant des restrictions de liberté sont le placement des demandeurs d'asile en zone de transit, afin d'empêcher un étranger de pénétrer sur le territoire d'un Etat, ou encore une assignation à résidence ou mise en rétention dans le cadre d'une procédure d'éloignement du territoire. Dans le premier cas de figure, le placement des étrangers en zone de transit est considéré soit comme une mesure privative de liberté²², soit comme une mesure restrictive de liberté²³. Le second cas de figure prévoit lui la possibilité de placer en une rétention administrative un étranger frappé d'une mesure d'éloignement du territoire en raison d'un séjour irrégulier²⁴ ou de l'assigner à résidence avec ou sans un dispositif de surveillance électronique²⁵.

En outre, la décision d'instaurer l'état d'urgence, prise par les autorités françaises le lendemain des attentats du 13 novembre 2015, prévoit notamment un certain nombre de mesures pouvant être considérées comme « privatives » ou « restrictives » de liberté. C'est en

la personne en plus de la peine d'emprisonnement (cf. Cour EDH, 17 déc. 2009, *M. c. Allemagne*, req. n° 19359/04, *JCP G* 2010, act. 63, obs. F. Sudre).

²¹ Loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, *JORF* 26 février 2008, p. 3266. Cette loi a été réformée par la loi n° 2010-242 du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de la récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale, *JORF* 11 mars 2010, p. 4808

²² Cour EDH, 25 juin 1996, *Amuur c. France*, req. n° 19776/92, § 43, *JCP G* 1997, I, 4000, n° 11, chron. F. Sudre ou Cour EDH, 27 novembre 2003, *Shamsa c. Pologne*, § 47, req. n°45355/99 et 45357/99.

²³ CC, 21 février 1992, n° 92-307 DC, *Loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, *RFDA* 1992, 185, obs. B. Genevois.

Pour le Conseil constitutionnel « le maintien d'un étranger en zone de transit (...) n'entraîne pas à l'encontre de l'intéressé un degré de contrainte sur sa personne comparable à celui qui résulterait de son placement dans un centre de rétention » (considérant 14)

²⁴ La loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité (transposant la directive 2008/115/CE), *JORF* 17 juin 2011, p. 10290, prévoit la possibilité de placer un étranger en rétention administrative pour une durée maximale de 45 jours (article L 551-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile)

²⁵ Les articles L 561-1 et L 561-2 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile prévoit le cas d'assignation à résidence (largement prôné par la directive 2008/115) d'un étranger frappé de la mesure d'éloignement.

particulier le cas en ce qui concerne la possibilité de prononcer des assignations à résidence pour toute personne présentant un danger pour l'ordre public²⁶.

Cette distinction s'est retrouvée au cœur du raisonnement du Conseil constitutionnel, confronté à la question des assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence. Dans la décision QPC du 22 décembre 2015, le juge constitutionnel a considéré que celles-ci constituaient des mesures de police administrative à caractère préventif ne pouvant pas, compte tenu de leur objet et de leur portée, être considérées comme des mesures privatives de liberté²⁷. A ses yeux, comme d'ailleurs aux yeux du Conseil d'Etat²⁸ dont le renvoi était à l'origine de la saisine du Conseil constitutionnel, les mesures individuelles prises en application de l'état d'urgence sont des mesures administratives de nature préventive.

Or, la différence de qualification n'est pas uniquement sémantique. D'après les dispositions constitutionnelles françaises précitées, une privation de liberté nécessite le contrôle du juge judiciaire en vertu de l'article 66. Comme les assignations à résidence ou les placements en rétentions constituent des mesures de police administrative prononcées dans l'objectif de préserver l'ordre public et sont donc considérées comme « restrictives » et non « privatives » de liberté, elles sont soumises au contrôle du juge administratif, échappant ainsi au juge judiciaire. En outre, la jurisprudence européenne fait également clairement la distinction entre les « privations » de liberté, relevant de l'article 5 de la Convention, et les « restrictions » de liberté, relevant du droit à la liberté de circulation prévue par l'article 2 du Protocole 4 de la Convention²⁹. Ces différentes mesures adoptées dans le cadre de l'état d'urgence peuvent toutefois se réclamer des différentes dispositions conventionnelles, en particulier de l'article 15 de la Convention EDH, dans le cadre duquel la distinction entre la « privation » et la « restriction » de liberté disparaît. Comme le précise la Cour européenne, cette disposition autorise des Etats parties à prendre des mesures dérogatoires à ses obligations découlant de la Convention en cas de guerre ou autre danger menaçant la vie de la nation, à la condition

²⁶ Décrets du 14 novembre 2015, *préc.*

²⁷ CC, 22 décembre 2015, n° 2015-527 QPC, *M. Cédric D.* (assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence), cons. 5, *JCP A* 2016, n° 6, 15 février 2016, 2039, obs. M. Verpeaux.

²⁸ CE, 11 décembre 2015, n° 395009, pt. 24 : « si une mesure d'assignation à résidence de la nature de celle qui a été prise à l'égard du requérant apporte des restrictions à l'exercice de certaines libertés, en particulier la liberté d'aller et venir, elle ne présente pas, compte tenu de sa durée et de ses modalités d'exécution, le caractère d'une mesure privative de liberté au sens de l'article 5 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».

²⁹ V. par ex. Cour EDH, 6 novembre 1980, req. n° 7367/76, *Guzzardi c. Italie*, § 93 ou Cour EDH, 28 novembre 2002, *Lavents c. Lettonie*, req. n° 58442/00, § 62.

Le Protocole 4 additionnel à la Convention EDH est un protocole facultatif. Tous les Etats parties à l'instrument conventionnel ne l'ont pas adopté (*cf.* Cour EDH, Gr. Ch., 15 mars 2012, *Austin c. Royaume-Uni*, req. n° 39692/09, 40713/09 et 41008/09, *JCP G* 2012, 455, act. F. Sudre).

toutefois d'adapter les mesures strictement aux nécessités de la situation³⁰. La sûreté devient ainsi un argument justifiant la privation de liberté « *dans les situations où l'Etat perçoit l'existence d'une menace sérieuse pour le bien-être d'une collectivité et voit, dans la privation de liberté, l'un des principaux moyens de réponse face aux individus considérés comme posant une telle menace* »³¹.

Toutefois, un glissement des mesures d'exception vers un régime de droit commun s'opère progressivement³². En effet, la nouvelle loi qui vient d'être promulguée le 3 juin 2016 visant à augmenter les pouvoirs de police dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, soulève à nouveau des interrogations sur ce terrain. En effet, le Code de sécurité intérieure prévoit désormais dans son chapitre V que toute personne qui a quitté le territoire national pour rejoindre le théâtre d'opérations terroristes pourra faire l'objet d'un contrôle administratif à son retour³³. Dans le cadre de ce dispositif ont notamment été prévues les mesures telles que des assignations à résidence ou à des zones géographiques précises, des obligations de se présenter au poste de police ou encore des obligations de ne pas entrer en contact avec certaines personnes.

Au-delà des différentes mesures préventives pouvant porter atteinte ou restriction à la liberté individuelle, d'autres moyens d'investigation et de prévention peuvent également assez largement porter atteinte au droit au respect de la vie privée, de la vie familiale ou du domicile.

B- Les intrusions dans la vie privée

La conciliation de la protection de la vie privée avec la prévention des infractions pénales fait depuis longtemps l'objet d'un contentieux important, en particulier sous l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Différents systèmes nationaux

³⁰ CEDH, 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, req. n° 5210/71, § 194, *JDI* 1980, 449, obs. P. Rolland, Cour EDH, 7 juillet 2011, *Al-Jedda c. Royaume-Uni*, n° 27021/08, § 99, *RDP* 2012, 801, obs. L. Milano ou Cour EDH, Gr. Ch., 12 septembre 2012, *Nada c. Suisse*, req. n° 10593/08, § 224, *JCP G* 2012, 1016, act. H. Surrel.

³¹ J. Murdoch, *Le traitement des détenus. Critères européens*, Ed. du Conseil de l'Europe, 2007, p. 76.

³² V. par ex. Y. Mayaud, « L'état d'urgence récupéré par le droit commun ? Ou de l'état d'urgence à l'état de confusion ! », *JCP G* 2016, doct. 344.

³³ L'article L. 225-1 du Code de la sécurité intérieure prévoit que « *toute personne qui a quitté le territoire national et dont il existe des raisons sérieuses de penser que ce déplacement a pour but de rejoindre un théâtre d'opérations de groupements terroristes dans des conditions susceptibles de la conduire à porter atteinte à la sécurité publique lors de son retour sur le territoire français peut faire l'objet d'un contrôle administratif dès son retour sur le territoire national* ».

prévoient des dispositifs permettant aux pouvoirs policiers, fiscaux ou douaniers d'enquêter. En fonction des circonstances, ces derniers peuvent intercepter des communications, surveiller ou encore perquisitionner des locaux de personnes suspectés d'avoir commis ou de préparer une infraction pénale. Ces différents mécanismes, par leur nature même constituent des ingérences dans le droit au respect de la vie privée, de la vie familiale, du domicile et de la correspondance. L'existence même d'une législation autorisant des mesures de surveillance crée, « *pour tous ceux auxquels on pourrait l'appliquer, une menace de surveillance entravant forcément la liberté de communication entre usagers des services des postes et télécommunications et constituant par là une "ingérence d'une autorité publique" dans l'exercice du droit des requérants au respect de leur vie privée et familiale ainsi que de leur correspondance* »³⁴. Si les mesures de prévention entrent ainsi frontalement en conflit avec les droits et libertés constitutionnellement ou conventionnellement garantis, cela ne signifie qu'ils sont *ipso facto* inconciliables. Depuis les années soixante-dix, la Cour européenne adopte une position qui se veut avant tout pragmatique. En effet, elle considère devoir prendre en compte simultanément deux éléments : les progrès techniques réalisés en matière d'espionnage et parallèlement de surveillance d'une part et le développement du terrorisme en Europe d'autre part. A ses yeux : « *les sociétés démocratiques se trouvent menacées de nos jours par des formes très complexes d'espionnage et par le terrorisme, de sorte que l'État doit être capable, pour combattre efficacement ces menaces, de surveiller en secret les éléments subversifs opérant sur son territoire. La Cour doit donc admettre que l'existence de dispositions législatives accordant des pouvoirs de surveillance secrète de la correspondance, des envois postaux et des télécommunications est, devant une situation exceptionnelle, nécessaire dans une société démocratique à la sécurité nationale et/ou à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales* »³⁵. La Cour considère en outre que le législateur national jouit d'un certain pouvoir discrétionnaire quant au choix des modalités du système de surveillance et qu'elle n'a pas qualité pour substituer son appréciation à celle des autorités nationales sur ce qui pourrait être la meilleure politique en ce domaine.

L'admission de mesures secrètes de surveillances et la possibilité de prévoir des mesures intrusives dans la vie privée à des fins préventives se sont accompagnées de la définition d'indications strictes devant être respectées par les autorités nationales. Très tôt, la Cour a affirmé le risque qu'un tel arsenal puisse saper, voire détruire la démocratie au motif de la défendre. Ainsi, les autorités nationales « *ne sauraient prendre, au nom de la lutte*

³⁴ Cour EDH, 6 septembre 1978, *Klass c. Allemagne*, req. n° 5029/71, § 41.

³⁵ *Idem*, § 48.

contre l'espionnage et le terrorisme, n'importe quelle mesure jugée par eux appropriée »³⁶. Depuis plusieurs années, les autorités nationales se sont dotées d'un arsenal législatif en la matière afin de se conformer aux exigences en la matière élaborées par la Cour européenne des droits de l'homme³⁷.

Toutefois, depuis quelques années, les divers dispositifs légaux accentuent la tendance de la surveillance préventive. Ainsi, la loi du 21 décembre 2012, relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme, a prévu des dispositions dans le Code de la sécurité intérieure quant à la surveillance des données de connexion et la géolocalisation en temps réel³⁸. La loi du 18 décembre 2013, relative à la programmation militaire, prévoit la possibilité pour les différents services des ministères de collecter, dans le cadre d'une enquête administrative, toutes les données techniques de connexion d'une personne concernée par celle-ci³⁹. La loi du 28 mars 2014, relative à la géolocalisation, permet de localiser en continu un téléphone portable ou un véhicule⁴⁰. La loi du 13 novembre 2014⁴¹ précitée, renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, a permis de développer les compétences de police administrative en matière de contrôle des sites djihadistes. En outre, la loi du 24 juillet 2015, relative à renseignement, permet, au nom de la détection des menaces, d'utiliser des méthodes intrusives dans la vie privée : interceptions de sécurité, accès aux données de connexion, captation d'images et de sons, accès aux réseaux des opérateurs de télécommunication... Dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, la loi autorise des algorithmes et des balises de captation des données d'appel à partir de téléphones portables, la sonorisation des lieux et des véhicules et la captation d'images, soit autant de mesures particulièrement intrusives dans la vie privée⁴². Concernant les mesures proclamées dans le cadre de l'état d'urgence sur le fondement de la loi du 22 novembre 2015, les perquisitions numériques et les saisies

³⁶ *Idem*, § 49.

³⁷ Ainsi par exemple la France, condamnée à plusieurs reprises dans ce domaine par la Cour EDH (Cour EDH, 24 avril 1990, *Huvig c. France*, req. n° 11105/84 ; Cour EDH, 24 avril 1990, *Kruslin c. France*, req. n° 11801/85 ou encore Cour EDH, 24 août 1998, *Lambert et al. c. France*, req. n° 46043/14) s'est dotée d'un corpus législatif en la matière.

³⁸ Loi n° 2012-1432 du 21 décembre 2012 relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme, *JORF* 22 décembre 2012, p. 20281.

³⁹ Loi n° 2013-1168 du 18 décembre 2013 relative à la programmation militaire pour les années 2014-2019 et portant diverses dispositions concernant la défense et la sécurité nationale, *JORF* 19 décembre 2013, p. 20570. Cf. L. Milano, « Surveillance sur le net : du nouveau avec le décret du 24 décembre 2014 », *D.* 2015, p. 616.

⁴⁰ Loi n° 2014-372 du 28 mars 2014 relative à la géolocalisation, *JORF* 29 mars 2014, p. 6123.

⁴¹ Cf. Ch. Mauro, « Une nouvelle loi contre le terrorisme : quelles innovations ? », *JCP G* 2014, 1203 ou R. Ollard et O. Desaulnay, « La réforme de la législation anti-terroriste ou le règne de l'exception pérenne », *Droit pénal* 2015, étude 1.

⁴² Cf. X. Latour, « La loi relative au renseignement : un Etat de surveillance ? », *préc.*; W. Mastor, « La loi sur le renseignement du 24 juillet 2015, La France, Etat de surveillance ? », *AJDA* 2015, p. 2018 ou encore O. Le Bot, « La loi relative au renseignement devant le Conseil constitutionnel », *Constitutions* 2015, p. 432.

indifférenciées ont tout particulièrement soulevé des interrogations quant à leur compatibilité avec les droits et les libertés constitutionnellement garantis. En effet, sur le fondement de la loi précitée, l'autorité administrative pouvait collecter les données informatiques et copier toutes les données informatiques. Enfin, la loi du 3 juin 2016 permet l'utilisation de dispositifs techniques de proximité pour capter directement les données de connexion afin de pouvoir identifier son utilisateur, de recourir aux sonorisations, fixations d'images et captations de données informatiques, y compris celles stockées dans les systèmes informatiques ou encore de fouiller des bagages.

Ces différents dispositifs prévoient ainsi des mesures entrant directement en confrontation avec les droits et libertés fondamentaux. La majorité de ces mesures restrictives est décidée par des autorités publiques agissant au nom de l'intérêt étatique, principalement celui de sécurité. La poursuite d'un intérêt public n'est toutefois pas un argument suffisant en soi et nécessite le respect de plusieurs règles. Logiquement, les exigences européennes et nationales en la matière tendent à encadrer le pouvoir des autorités publiques dans le but de limiter les entraves à la liberté.

II) Une conciliation possible de l'anticipation de la répression avec le respect des droits et libertés fondamentaux

La conciliation des exigences de prévention de la répression avec le respect des droits et libertés fondamentaux constitue le défi le plus important. Si la conciliation reste tout à fait envisageable, elle est soumise à un certain nombre de conditions dont la première et principale est celle du contrôle juridictionnel des mesures ordonnées et mises en place (A). Qu'il s'agisse d'entraves à la liberté individuelle ou d'ingérences dans la vie privée, l'objectif recherché est d'encadrer les autorités publiques afin d'éviter les entraves arbitraires. L'intervention du juge est indispensable afin de confirmer ou au contraire d'invalider les diverses mesures décidées en effectuant une mise en balance des intérêts en présence via le contrôle de proportionnalité (B).

A- Un nécessaire contrôle juridictionnel des mesures

C'est précisément autour du contrôle des mesures visant à prévenir les infractions que les différents débats ont eu lieu ces dernières années. Toute ingérence, intrusion ou limitation

d'une liberté ou d'un droit fondamental peut être validée au regard de la Constitution ou des différents textes conventionnels. Il faut néanmoins que la mesure puisse s'appuyer sur une base législative claire et précise, qu'elle se fonde sur un but légitime (prévention de l'ordre public, prévention des infractions pénales, sécurité des individus) et qu'elle soit proportionnée au motif poursuivi. Ainsi, même pendant la période de l'état d'urgence, le contrôle des juges constitutionnel, administratif ou judiciaire permet de préserver les libertés de chacun de violations injustifiées.

Il appartient donc logiquement au juge d'assurer le contrôle des mesures entreprises. Le débat s'est en particulier concentré autour de la question de savoir quel juge était naturellement le plus légitime pour contrôler les différentes mesures de prévention au regard des droits et libertés fondamentaux. Sur ce point, les positions des autorités et des juridictions françaises ne rejoignent pas forcément celle de la Cour de Strasbourg.

Traditionnellement, le juge judiciaire, en vertu de l'article 66, est le gardien de la liberté individuelle. C'est également ce dernier qui contrôle *a priori* ou *a posteriori* les différentes mesures décidées lors des enquêtes pénales. Or, depuis la loi du 24 juillet 2015 relative au renseignement, le curseur de contrôle semble progressivement se tourner plus vers les autorités administratives et vers le juge administratif. En encadrant la mise en œuvre de techniques de recueil du renseignement et la conservation des données collectées, la loi sur le renseignement prend clairement partie de mettre à l'écart le juge judiciaire pour privilégier « *la voie d'un contrôle mixte, car administratif (...) et juridictionnel* »⁴³. En vertu de la loi, la Commission nationale de contrôle des techniques du renseignement (CNCTR), une autorité administrative indépendante, est censée apporter des garanties contre d'éventuels abus résultant de la surveillance et des contrôles mis en place. Elle pourra, à son initiative ou à celle d'un citoyen estimant faire l'objet d'une surveillance indue saisir la formation spécialisée du Conseil d'Etat en cas de doute sur la légalité de la mise en œuvre d'une technique de renseignement, de la collecte ou de la conservation de données⁴⁴. Elle a été présentée par ses auteurs comme un réel progrès dans la mesure où, pour la première fois, le juge pouvait connaître de contentieux protégé par le secret de la défense nationale⁴⁵. Le dispositif de la loi sur le renseignement repose sur la consultation de la CNCTR constituant le

⁴³ X. Latour, « La loi relative au renseignement : un Etat de surveillance ? », *préc.*

⁴⁴ Cf. X. Latour, « Le juge administratif en ordre de marche pour contrôler les techniques de renseignement », *JCP A*, 26 octobre 2015, n° 43, act. 865.

⁴⁵ « Est-il tolérable que la France soit le seul Etat européen où les services de renseignement agissaient en dehors de tout cadre juridique ? », Entretien avec Jean-Jacques Urvoas, *JCP A*, n° 40, 5 octobre 2015, 2285.

préalable à toute autorisation délivrée par le Premier ministre. Cette dernière doit éclairer l'autorité politique dans un délai de 24 heures, sachant qu'« *en cas d'urgence absolue applicable à la préservation de l'indépendance nationale, à la lutte contre le terrorisme et à la prévention des atteintes à la forme républicaine des institutions, l'avis de la CNCTR n'est pas requis* »⁴⁶. Si ses avis ne sont pas conformes, elle peut saisir directement le Conseil d'Etat, notamment lorsque le Premier ministre passe outre son avis.

Depuis l'affaire *Klass*⁴⁷, la Cour européenne rappelle que « *dans un domaine où les abus sont potentiellement si aisés dans des cas individuels (...) il est en principe souhaitable que le contrôle soit confié à un juge, car le pouvoir judiciaire offre de meilleures garanties d'indépendance, d'impartialité et de procédure régulière* »⁴⁸. Aux yeux du juge européen, le rôle du juge judiciaire est directement lié à la préservation des garanties dans un système démocratique. Les intrusions des pouvoirs publics, décidées forcément sans que les personnes intéressées en soient informées, doivent s'accompagner de garanties et de contrôles suffisants. Un contrôle est effectif s'il est confié à un juge judiciaire, dans la mesure où c'est ce dernier qui offre « *les meilleures garanties d'indépendance, d'impartialité et de procédure régulière* »⁴⁹.

Cette position du juge européen a notamment été prise en compte par le passé en matière de perquisitions et de visites domiciliaires. Il a ainsi obligé le législateur à assurer un contrôle effectif du juge judiciaire. A la suite des condamnations de la France, notamment dans les affaires *Ravon*⁵⁰ et *André*⁵¹, le cadre existant a été modifié afin de se conformer aux exigences des droits de la défense. Le législateur a introduit un mécanisme de recours, non suspensif, portant sur le contentieux de l'autorisation et de l'exécution du droit de visite et de saisie. La requête doit être présentée au JLD et contenir les informations propres à justifier la visite. La Cour de cassation veille par ailleurs à une application particulièrement rigoureuse de ces dispositions.

⁴⁶ X. Latour, « La loi relative au renseignement : un Etat de surveillance ? », *préc*

⁴⁷ Cour EDH, *Klass*, *préc.*, § 55-56.

⁴⁸ Cour EDH, Gr. Ch., 4 décembre 2015, req. n° 47143/06, *Roman Zakharov c. Russie*, § 233, *JCP G* 2016, doctr. 65, n° 1, chron. F. Sudre.

⁴⁹ Cour EDH, *Klass*, *préc.*, § 55.

⁵⁰ Cour EDH, 21 février 2008, *Ravon et al. c. France, Droit fiscal* n° 12, 20 mars 2008, comm. 227, note Ch. Louit

⁵¹ Cour EDH, 24 juillet 2008, req. n° 18603/03, *André et al. c. France*, *JCP G* 2008, II, 10182, note Ch. Louit.

Toutefois, depuis sa décision du 16 juin 1999⁵², le juge constitutionnel retient une définition stricte de la liberté individuelle en considérant que l'article 66 n'entre en ligne de compte que lorsqu'une privation de liberté est en jeu. Par conséquent, l'intervention préalable d'un juge judiciaire pour autoriser une pénétration dans un domicile n'est plus depuis cette date une exigence constitutionnelle⁵³. A ses yeux, la contestation des perquisitions devant le juge administratif semble suffire à assurer la pérennité de la mesure. Lors de son contrôle de la loi sur le renseignement, le juge constitutionnel a affirmé que le juge administratif est pleinement compétent pour se prononcer sur les mesures de police administrative qui constituent des mesures de prévention aux atteintes à l'ordre public⁵⁴. Une perquisition administrative constituant une mesure de police administrative (y compris lorsqu'elle a lieu dans un domicile), elle est naturellement portée à la connaissance du juge administratif en cas de contestation. Dans la mesure où ces perquisitions n'ont en effet d'autre but que de protéger l'ordre public et de prévenir les infractions, elles rentrent dans la définition même des activités de la police administrative.

Une même qualification concerne les perquisitions administratives prononcées dans le cadre de l'état d'urgence. Ces mesures ne font l'objet d'aucune autorisation judiciaire préalable. Cela signifie qu'une mesure aussi intrusive dans l'exercice des libertés, lorsqu'elle relève de la compétence administrative, peut intervenir sans autorisation préalable d'un juge. La loi sur le renseignement allait déjà dans le même sens dans la mesure où le juge était tenu à l'écart du déclenchement des pouvoirs de police administrative (autorisation de recourir à des moyens d'investigation relevant du Premier ministre, l'autorité administrative de principe). La décision administrative ordonnant la perquisition peut en revanche être contestée postérieurement devant la juridiction administrative. Cette compétence a été validée largement par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 19 février 2016⁵⁵. Par ailleurs, la loi du 21 juillet 2016 prolongeant l'état d'urgence a complété le régime des perquisitions administratives en autorisant la saisie de données informatiques trouvées sur place⁵⁶. Ce

⁵² CC, 16 juin 1999, n° 99-411 DC, *Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public des voyageurs*, RDP 1999, 1287, obs. F. Luchaire.

⁵³ CC, 29 décembre 1983, n° 83-164 DC, *Loi de finances pour 1984*, JORF 30 décembre 1983, p. 3871.

⁵⁴ CC, 23 juillet 2015, n° 2015-713 DC, *Loi relative au renseignement*, *Constitutions* 2015-3, p. 432, obs. O. Le Bot.

⁵⁵ CC, 19 février 2016, n° 2016-536 QPC, *Ligue des droits de l'homme* (perquisitions et saisies administratives dans le cadre de l'état d'urgence), cons. 4, JCP G 2016, 477, obs. C. Ribeyre. Le juge constitutionnel a considéré que les perquisitions administratives menées dans le cadre de l'état d'urgence « n'ont pas à être placées sous la direction et le contrôle de l'autorité judiciaire ».

⁵⁶ L'article 11 de la loi du 3 avril 1955, *préc.* dans sa rédaction issue de la loi du 21 juillet 2016, *préc.*

dispositif, déjà utilisé, a notamment pu être validé par le Conseil d'Etat dans sa décision du 12 août 2016⁵⁷.

Des interrogations comparables peuvent être soulevées concernant les assignations à résidence. Traditionnellement en lien direct avec la sûreté consacrée à l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, les atteintes à la liberté individuelle sont placées sous le contrôle du juge judiciaire conformément à l'article 66 de la Constitution. De même, au regard de l'article 5§3 de la Convention européenne des droits de l'homme, toute personne arrêtée ou détenue de manière préventive « *doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires* »⁵⁸. Cette disposition de la Convention est traditionnellement interprétée comme supposant l'intervention d'un magistrat indépendant à l'égard de l'autorité de poursuite et de l'exécutif⁵⁹. Objet d'une contradiction frontale avec les autorités françaises, se traduisant par plusieurs condamnations de la France⁶⁰, cette question fait l'objet pour le moment d'une appréciation contradictoire entre la Cour de cassation, ayant entériné la jurisprudence européenne⁶¹, et le Conseil constitutionnel, affirmant toujours que le magistrat du parquet est une autorité au sens de l'article 66 de la Constitution⁶².

Or, les nombreuses assignations à résidence prononcées dans le cadre de l'état d'urgence ont été considérées par le juge administratif⁶³, puis par le juge constitutionnel comme des restrictions à la liberté d'aller et de venir⁶⁴, et non comme des privations de liberté. Le contrôle de conventionnalité, opéré par le Conseil d'Etat, et le contrôle de

⁵⁷ CE, ord., 12 août 2016, *Ministère de l'intérieur c/ M. B.*, req. n° 402348 : le Conseil d'Etat annule l'ordonnance de référé du Tribunal administratif de Clermont-Ferrand qui a refusé d'autoriser le Préfet d'exploiter les données informatiques saisies lors d'une perquisition.

⁵⁸ Cour EDH, 4 décembre 1979, *Schiesser c. Suisse*, req. n° 7710/76, § 29.

⁵⁹ Cour EDH, 28 octobre 1998, *Assenov c. Bulgarie*, req. n° 24760/94, § 146, *JCP G* 1999, I, 105, n° 17, chron. F. Sudre.

⁶⁰ Implicite dans l'arrêt *Medvyedev et al. c. France* (Cour EDH, Gr. Ch., 29 mars 2010, req. n° 3394/03, *JCP G* 2010, 454, act. F. Sudre), la solution a été explicitement affirmée dans l'arrêt *Moulin c. France* (Cour EDH, 23 novembre 2010, req. n° 37104/06, § 57, *JCP G* 2010, 1206, act. F. Sudre) ou dans l'arrêt *Ali Samatar et al. c. France* (Cour EDH, 4 décembre 2014, req. n° 17110/10 et 17301/10, § 44, *JCP G* 2015, 134, note J. Pradel).

⁶¹ Cass., crim., 15 déc. 2010, n° 10-83674 ou Cass., crim., 20 mars 2013, n° 12-82112.

⁶² CC, 29 août 2002, n° 2002-461 DC, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, cons. 74, *RA* 2001, 584, obs. J. Roux.

CC, 30 juil. 2010, n° 2010-14/22 QPC, *M. Daniel W. et al. (Garde à vue)*, cons. 26, *RFDC* 2011, 99, obs. N. Catelan ou CC, 17 déc. 2010, n° 2010-80 QPC, *M. Michel F. (Mise à la disposition de la justice)*, cons. 10.

⁶³ CE, 11 déc. 2015, *préc.*, pt. 24.

⁶⁴ CC, 2015- QPC, *préc.* Le Conseil constitutionnel a analysé les modalités concrètes prévues par l'article 6 de la loi du 3 avril 1955 dans sa rédaction issue de la loi du 20 novembre 2015. Pour qualifier l'assignation à résidence de mesure restreignant la liberté d'aller et de venir, celui-ci prend en compte la possibilité de l'assortir d'une astreinte à demeurer dans un lieu d'habitation déterminé, de prescrire à la personne concernée de se présenter aux services de police, d'interdire d'entrer en contact avec certaines personnes ou encore de remettre son passeport aux autorités (cons. 10).

constitutionnalité opéré par le Conseil constitutionnel, ont ainsi permis de valider le recours assez conséquent des autorités publiques à des assignations à résidence⁶⁵. La qualification des assignations à résidence de mesures de police administrative préventive, justifiées par la sauvegarde de l'ordre public, permet par la même de confier le contrôle au juge administratif et non au juge judiciaire, qui aurait été compétent si celles-ci s'analysaient en mesures privatives de liberté.

Il est fort probable que la Cour européenne des droits de l'homme adopte la même solution tant que l'état d'urgence est en cours et tant que ses prolongations successives s'accompagnent de déclarations au titre de l'article 15 de la Convention EDH. Un constat similaire ne semble toutefois pas pouvoir être dressé en dehors de l'état d'urgence. En outre, la loi du 3 juin 2016, censée constituer le cadre de droit commun une fois l'état d'urgence levé, soulève des interrogations quant à sa compatibilité avec la jurisprudence européenne. Il est vrai que le législateur a clairement voulu entourer les mesures prévues d'un certain nombre de garanties. A titre d'exemple, il est possible de citer le nouvel article 56-5 du Code de procédure pénale prévoyant que « *les perquisitions dans les locaux d'une juridiction ou au domicile d'une personne exerçant des fonctions juridictionnelles et qui tendent à la saisie de documents susceptibles d'être couverts par le secret du délibéré ne peuvent être effectuées que par un magistrat, sur décision écrite et motivée de celui-ci, en présence du premier président de la cour d'appel ou du premier président de la Cour de cassation ou de son délégué* ». De même, le nouvel article 706-90 du Code de procédure pénale issu de l'article 1 de la loi du 3 juin 2016 ouvre la possibilité d'effectuer des perquisitions de nuit en cas de risque d'atteinte à la vie ou à l'intégrité physique en matière de terrorisme. Cependant, il les soumet à l'autorisation du JLD⁶⁶.

Toutefois, la loi du 3 juin 2016 contient dans son article 52 des dispositions relatives au contrôle administratif des retours sur le territoire national. Ainsi, en vertu de l'article 225-2

⁶⁵ Le Conseil d'Etat observait qu'entre le 14 novembre 2015 et le 25 février 2016 (date de la fin de la première prorogation de l'état d'urgence), les Tribunaux administratifs avaient rendu 140 décisions relatives à des mesures prises au titre de l'état d'urgence. Sur ces 140 décisions, 121 concernaient des assignations à résidence : www.conseil-etat.fr/Actualites/Communiqués/Mesures-prises-au-titre-de-l-etat-d-urgence2

⁶⁶ En vertu de l'article 706-92 du Code de procédure pénale, les autorisations de perquisitionner sont données pour des perquisitions déterminées et font l'objet d'une ordonnance écrite, précisant la qualification de l'infraction dont la preuve est recherchée ainsi que l'adresse des lieux dans lesquels les visites, perquisitions et saisies peuvent être faites. Cette ordonnance est motivée par référence aux éléments de fait et de droit justifiant que ces opérations soient nécessaires et qu'elles ne puissent être réalisées pendant les heures prévues à l'article 59 du Code de procédure pénale. Les opérations sont faites sous le contrôle du magistrat qui les a autorisées, et qui peut se déplacer sur les lieux pour veiller au respect des dispositions légales. Le magistrat qui les a autorisées est informé dans les meilleurs délais par le procureur de la République ou l'officier de police judiciaire des actes accomplis en application des articles 706-89 à 706-91 du Code de procédure pénale.

du Code de la sécurité intérieure, le ministre de l'intérieur peut ordonner à la personne visée de « résider dans un périmètre géographiquement déterminé permettant à l'intéressé de poursuivre une vie familiale et professionnelle normale et, le cas échéant, l'astreindre à demeurer à son domicile ou, à défaut, dans un autre lieu à l'intérieur de ce périmètre, pendant une plage horaire fixée par le ministre, dans la limite de huit heures par vingt-quatre heures ». En fonction du degré de contrainte, une mesure dite « restrictive » de liberté pourra être qualifiée (notamment par la Cour EDH) de mesure « privative de liberté ». Si des garanties de procédure sont prévues (possibilité de présenter ses observations au ministre de l'intérieur, possibilité d'être représenté par un Conseil, obligation du Tribunal administratif de statuer dans un délai maximal de 4 mois à compter de sa saisine), on peut toutefois s'interroger sur le fait de savoir si le contrôle du juge administratif quant aux mesures ainsi décidées respecte, aux yeux du juge européen, les conditions d'un contrôle par un magistrat indépendant au sens de la jurisprudence *Medvedev*⁶⁷. L'interprétation française des mesures pouvant être qualifiées de « restrictives » ou « privatives » n'est pas forcément en accord avec la jurisprudence européenne.

La loi du 3 juin 2016 n'a pas fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité *a priori*. Certaines interrogations subsistent ainsi quant à la compatibilité de la loi avec les droits fondamentaux. Elles pourront toutefois être soulevées à l'avenir dans le cadre d'un contrôle de conventionnalité ou d'une question prioritaire de constitutionnalité. La solution du juge dépendra en revanche non seulement de l'interprétation de textes législatifs mais également de la mise en œuvre concrète des mesures décidées. Une mesure fondée sur une loi déclarée constitutionnelle ou considérée comme conventionnelle pourra toujours être invalidée si elle n'opère pas la conciliation nécessaire entre les impératifs d'ordre public ou de sécurité et la garantie des droits individuels.

B- Une indispensable balance des intérêts en présence

Affirmer le principe d'un contrôle juridictionnel n'est pas suffisant afin de garantir le respect des droits et libertés fondamentaux. Encore faut-il que les mesures préventives soient proportionnées à l'objectif poursuivi, autrement dit qu'elles concilient l'impératif d'intérêt général et l'atteinte à une liberté individuelle. Technique de contrôle bien connu de tout juge, le contrôle étendu des atteintes aux libertés est progressivement devenu la règle. En effet,

⁶⁷ Cour EDH, *Medvedev et al.*, préc.

l'intensité de ce contrôle s'est beaucoup inspirée de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Si les exceptions à certains droits sont assez largement prévues par le texte même de la Convention, celles-ci sont interprétées strictement. En vertu d'une jurisprudence constante, toute ingérence doit être justifiée de manière convaincante⁶⁸. L'intensité du contrôle exigée n'est pas uniforme. Elle varie en fonction des circonstances propres à chaque affaire, de « *la nature du droit en cause garanti par la Convention, {de} son importance pour la personne concernée, {de} la nature de l'ingérence et {de} la finalité de celle-ci* »⁶⁹, ou encore en fonction des supports utilisés. Par exemple, toutes les données personnelles touchant aux aspects intimes de la vie d'un individu bénéficieront toujours d'un contrôle renforcé⁷⁰, alors que les documents bancaires et fiscaux par exemple seront entourés d'une moindre protection⁷¹.

Confronté à des questions de prévention des infractions pénales et en particulier aux impératifs de la lutte contre le terrorisme, le juge européen tente d'adopter une attitude plutôt pragmatique dans son contrôle. Sa démarche consiste à vouloir concilier l'effectivité des investigations menées et la proportionnalité des ingérences dans les droits et libertés garanties. Ces dernières années, une certaine modulation, notamment des garanties procédurales, a pu être observée dans certains arrêts, notamment lorsque la question de la lutte contre le terrorisme a été en jeu. Ainsi par exemple, dans l'affaire *Ibrahim*⁷², le juge européen a reconnu pour la première fois que l'urgence de la situation (nécessité de retrouver des engins explosifs au moment des attentats de Londres de 2005) pouvait justifier le report de l'intervention de l'avocat dont la présence a toujours été exigée dès la première heure de garde à vue, y compris lorsqu'il s'agit d'une garde à vue terroriste⁷³. Cette dérogation, également présente en droit français, justifiée dans des cas très particuliers, a également été validée par le Conseil constitutionnel qui, quelques jours avant l'arrêt *Ibrahim*, a interprété les

⁶⁸ Cour EDH, 25 février 1993, *Miailhé c. France (n°1)*, req. n° 12661/87, § 36 ; Cour EDH, 16 avril 2002, *Sociétés Colas Est et al. c. France*, req. n° 37971/97, § 47 ; Cour EDH, 25 février 2003, *Roemen et Schmit c. Luxembourg*, req. n° 51772/99, § 68 ou encore Cour EDH, 1^{er} décembre 2015, *Brito Ferrinho Bexiga Villa-Nova c. Portugal*, req. n° 69436/10, § 54.

⁶⁹ Cour EDH, 22 décembre 2015, *G.S.B. c. Suisse*, req. n° 28601/11, § 93.

⁷⁰ Par exemple, le prélèvement de données biologiques et génétiques est considéré comme particulièrement intrusif : Cour EDH, Gr. Ch., 4 décembre 2008, *S. et Marper c. Royaume-Uni*, req. n° 30562/04 et 30566/04, § 120.

⁷¹ Cour EDH, 7 juill. 2015, n° 28005/12, *M. N. et a. c/ Saint Marin*, § 51-52, *JCP G* 2016, doct. 65, n° 17, chron. F. Sudre.

⁷² Cour EDH, 16 décembre 2014, *Ibrahim c. Royaume-Uni*, req. n° 50541/08, *JCP G* 2015, n° 62, act. L. Milano.

⁷³ Cour EDH, 27 novembre 2008, *Salduz c. Turquie*, req. n° 36391/02, *GACEDH* n° 37.

articles pertinents du Code de procédure pénale⁷⁴ comme parfaitement compatibles avec la Constitution⁷⁵.

En outre, s'agissant des perquisitions, en vertu de la jurisprudence constante, elles doivent être placées sous le contrôle préventif du juge établissant un mandat ou, à défaut, être contrebalancées par un contrôle *a posteriori* poussé du juge⁷⁶. Les impératifs de la lutte contre le terrorisme permettent toutefois d'introduire une certaine souplesse si l'urgence de la situation ou la nécessité de préserver l'altération des preuves l'exigent. Ainsi, si le contrôle du juge est prévu, un mandat défini plus largement peut s'avérer, dans certaines circonstances particulières, suffisant⁷⁷. De la même manière, une géolocalisation peut être tout à fait compatible avec la protection des droits et libertés fondamentaux si celle-ci s'accompagne d'un contrôle juridictionnel *a posteriori*⁷⁸.

Les impératifs de la prévention des infractions pénales peuvent donc se concilier avec la protection des droits et liberté fondamentaux. Interrogé en octobre 2015 au sujet de la loi sur le renseignement, Jean-Jacques Urvoas (à l'époque député et président de la commission des lois à l'Assemblée nationale) considérait que celle-ci avait trouvé un juste équilibre concernant les atteintes pouvant être portées à la vie privée dans toutes ses composantes. A ses yeux, le texte de la loi sur le renseignement définit « *précisément et limitativement les cas dans lesquels il peut être porté atteinte de manière proportionnée, temporaire et contrôlée à cette liberté* »⁷⁹. Le Conseil constitutionnel, en validant largement le dispositif prévu dans sa décision du 23 juillet 2015⁸⁰, a également insisté sur les éléments de proportionnalité, indispensables et devant guider les moyens employés.

La même préoccupation est perceptible dans la loi du 20 novembre 2015 prorogeant l'état d'urgence. En effet, tout en autorisant les perquisitions du jour comme de nuit, « *en tout*

⁷⁴ L'article 706-88, 6° alinéa du Code de procédure pénale, l'intervention de l'avocat peut être différée pour les infractions mentionnées à l'article 706-73 du même code. La non intervention immédiate de l'avocat doit être justifiée par des raisons impérieuses liées à l'enquête ou à l'instruction.

⁷⁵ CC, 21 novembre 2014, n° 2014-428 QPC, *M. Nadav B.* (report de l'intervention de l'avocat au cours de la garde à vue en matière de la délinquance ou de criminalité organisée), *AJ pénal*, février 2015, n° 2, p. 100, obs. J.-B. Perrier.

Pour une étude plus complète, cf. L. Milano, « Garanties du procès équitable et lutte contre le terrorisme », *RDLF* 2015, chron. n° 7.

⁷⁶ Cf. Cour EDH, 7 juillet 2007, *Smirnov c. Russie*, req. n° 71362/01, § 47 ou Cour EDH, 15 octobre 2013, *Gustanovi c. Bulgarie*, req. n° 34529/10, § 222.

⁷⁷ Cour EDH, 20 octobre 2015, *Sher et al. c. Royaume-Uni*, req. n° 5201/11, § 174, *JCP G* 2016, doct. 65, n° 18, chron. F. Sudre.

⁷⁸ Cf. Cour EDH, 10 février 2009, *Iordachi c. Moldavie*, req. n° 25198/02 ou Cour EDH, 2 septembre 2010, *Uzun c. Allemagne*, req. n° 35623/05, *D.* 2011, 724, note H. Matsopoulou.

⁷⁹ J.-J. Urvoas, *préc.*

⁸⁰ CC, n° 2015-713 DC, *préc.*

lieu y compris un domicile », celle-ci prévoit dans son article 11 l'exclusion des perquisitions aux cabinets et locaux professionnels des parlementaires, avocats, magistrats et journalistes. Elle les conditionne à l'existence de raisons sérieuses quant à la menace pour la sécurité et l'ordre public, à l'information en amont et en aval du procureur de la République ou encore à la présence d'un officier de police judiciaire territorialement compétent. Ainsi, « *l'intervention - limitée - d'une autorité judiciaire est présentée comme l'un des éléments de garantie de la protection d'une autre liberté tout aussi essentielle, celle du domicile et du respect de la vie privée* »⁸¹.

Dans sa décision du 19 février 2016⁸² concernant les contestations de constitutionnalité des dispositifs relatifs aux perquisitions administratives, le juge constitutionnel insiste sur le fait qu'une perquisition se déroulant la nuit dans un domicile doit être justifiée par l'urgence et l'impossibilité de l'effectuer de jour, mettant ainsi à la charge du juge administratif, chargé du contrôle, une obligation de respecter le principe de proportionnalité. Le Conseil constitutionnel a sanctionné sur ce terrain en particulier la disposition de la loi du 20 novembre 2015 prorogeant l'état d'urgence et autorisant la copie de toutes les données informatiques auxquelles il aura été possible d'accéder au cours de la perquisition. En l'assimilant à une saisie, le juge constitutionnel considère que cette dernière ainsi que l'exploitation des données ne sont pas autorisées par un juge. En effet, aucune procédure judiciaire n'est actuellement nécessaire pour ordonner des perquisitions et des saisies administratives. En outre, la disposition contestée autorise la copie de données dépourvues de lien avec la personne dont le comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre public. Ce faisant, « *le législateur n'a pas prévu de garanties légales propres à assurer une conciliation équilibrée entre l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et le droit au respect de la vie privée* »⁸³.

De même, validant les assignations à résidence prononcées dans le cadre de l'état d'urgence, le juge constitutionnel a insisté sur les faits que les restrictions à la liberté d'aller et de venir qui en découlent sont justifiées, proportionnées, limitées dans le temps et peuvent être contestées devant le juge administratif qui en apprécie la nécessité⁸⁴.

⁸¹ M. Verpeaux, « Etat d'urgence, revers limité pour la loi », *JCP G* 2016, 2139.

⁸² CC, n° 2016-536 DC, *préc.*

⁸³ CC, n° 2016-536 DC, *préc.*, cons. 14

Pour une analyse plus détaillée, cf. A.-S. Chavent-Leclère, « Inconstitutionnalité partielle des perquisitions administratives en état d'urgence », *Procédures* n° 4, avril 2016, comm. 138 ou C. Ribeyre, « Perquisitionner mais par copier ! », *JCP G* 2016, 477.

⁸⁴ CC, n° 2015-527 QPC, *préc.*, cons. 12-14.

Si les démarches du législateur semblent aller dans le sens de la conciliation de la prévention des infractions et du respect des droits et libertés fondamentaux, de nombreuses interrogations subsistent. Comme le remarque le professeur Latour en analysant la loi sur le renseignement, « *au moins sur le papier, la puissance publique donne des gages de prévisibilité du droit* ». En revanche, « *la proportionnalité est, quant à elle, plus discutable malgré les affirmations du Conseil constitutionnel* »⁸⁵. De même, la Commission nationale consultative des droits de l'homme, dans son avis du 17 mars 2016 rendu *a propos* de la loi du 3 juin 2016, a émis un certain nombre de réserves importantes qui n'ont pas toutes été prises en compte⁸⁶. Les jugements à venir concernant le contentieux résultant de l'état d'urgence, prolongé pour six mois par la loi du 21 juillet 2016, apporteront peut-être certaines précisions.

⁸⁵ X. Latour, « La loi relative au renseignement : un Etat de surveillance ? », *préc.*

⁸⁶ <http://www.cncdh.fr/fr/publications/avis-sur-le-projet-de-loi-de-lutte-contre-le-crime-organise-et-le-terrorisme>