

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

**LE DÉFENSEUR
DES DROITS**



Paris, le 12 février 2016

Avis du Défenseur des droits n°16-04

Le Défenseur des droits,

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Auditionné le 11 février 2016 par les rapporteurs de la commission des lois de l'Assemblée nationale, sur le projet de loi n°3473 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale,

émet l'avis ci-joint

Le Défenseur des droits

Jacques TOUBON

Le débat qui va s'ouvrir sur le présent projet de loi ne peut faire abstraction d'un environnement plus général, né, d'une part, de l'instauration de l'état d'urgence depuis le 14 novembre dernier et de sa deuxième prorogation votée par le Parlement, et, d'autre part de la révision constitutionnelle en cours, notamment en ce qui concerne l'inscription de ce régime d'état d'urgence dans la Constitution.

La prorogation, adoptée par le Sénat mardi dernier, ne change rien sur le fond, sinon qu'elle obligera l'autorité administrative à réexaminer toutes les décisions individuelles prises depuis le 14 novembre. Du point de vue qui préoccupe le Défenseur des droits, son principal intérêt réside dans le calendrier qu'elle installe en maintenant un état d'exception jusqu'à la fin du mois de mai, période durant laquelle d'autres textes devraient intervenir. Pour prendre le relai, ou pour s'y ajouter ?

En premier lieu, une loi ordinaire d'application de l'état d'urgence devrait découler de l'inscription de son principe dans la Constitution le cas échéant. Le Premier ministre a présenté devant la commission des lois de l'Assemblée nationale un avant-projet qui durcit la loi de 1955, déjà renforcée en novembre dernier, en prévoyant la possibilité pour l'autorité administrative de décider en cours de perquisition et de sa seule initiative, la perquisition de lieux autres que ceux initialement prévus et de régulariser ensuite la procédure « dans les meilleurs délais » ; de placer en rétention administrative pendant 4 heures les personnes présentes lors d'une perquisition ; de procéder à des saisies informatiques.

Le Défenseur des droits s'interroge donc sur la finalité de la révision constitutionnelle : s'agit-il à terme d'avoir un régime d'état d'urgence tel que nous le connaissons ou bien, profitant de cette assise constitutionnelle, d'aller plus loin, en vue de contourner les exigences de l'article 66 de la Constitution et nos obligations conventionnelles (la CEDH en particulier) et de se prémunir contre d'éventuelles questions prioritaires de constitutionnalité.

En second lieu, le présent projet de loi, présenté optiquement comme un texte distinct de ceux précédemment évoqués mais apparaît à la lecture comme un glissement, dans le sens où il reprend des dispositions similaires à celles figurant dans l'avant-projet de loi renforçant l'état d'urgence, pour les introduire dans le droit commun. Il en va ainsi de la rétention administrative de 4 heures sur simple soupçon qui figure à l'article 4 de l'avant-projet de loi sur l'état d'urgence et, de manière plus étendue encore, à l'article 18 du présent projet de loi. Le Défenseur des droits craint que, subrepticement, on installe le régime d'exception dans un régime de croisière.

Le compte-rendu du Conseil des Ministres du 3 février 2016 précise qu'« *il est apparu nécessaire de maintenir la possibilité de mettre en œuvre les mesures autorisées par le régime de l'état d'urgence. Le Gouvernement entend néanmoins limiter la prolongation de l'état d'urgence au temps strictement nécessaire. C'est pourquoi le projet de loi qui sera soumis au Parlement prévoit que cette prorogation soit à nouveau d'une durée de 3 mois. En effet, l'efficacité de la protection des Français ne saurait reposer à moyen-terme sur le recours à ces mesures que seules des circonstances exceptionnelles justifient. C'est la raison pour laquelle le Gouvernement entend, dans le même temps, renforcer les moyens dont disposent en tout temps les autorités judiciaires et administratives pour lutter contre le terrorisme et le crime organisé* ».

Le Défenseur des droits a déjà eu l'occasion de s'exprimer sur ce qu'il pensait d'une telle évolution. Plus important encore est le point de vue du Garde des Sceaux, alors Président de la commission des lois de l'Assemblée nationale, qui écrivait en conclusion de sa deuxième communication d'étape sur le contrôle de l'état d'urgence : « *la législation d'exception n'est pas une simple alternative à celle des temps normaux. C'est une véritable dérogation seulement justifiée par l'évidence. Le grand dérangement qu'elle entraîne ne peut donc être que d'une brève durée et sans séquelles* ».

Le Défenseur des droits ajoute qu'il s'interroge également sur la collision à venir entre le présent texte et celui adopté par le Sénat le 2 février (proposition de loi tendant à renforcer l'efficacité de la lutte antiterroriste de MM. Philippe BAS, Bruno RETAILLEAU, François ZOCCHETTO, Michel MERCIER et plusieurs de leurs collègues), dont non seulement le titre mais aussi le contenu illustre la parenté d'objectifs.

Ce projet de loi est examiné alors que nous sommes toujours, et pour plusieurs mois encore, sous le régime de l'état d'urgence. Dans ce contexte où les droits et libertés sont sérieusement mis à mal et les projets de réforme se multiplient pour doter l'Etat de moyens supplémentaires pour prévenir et réprimer efficacement les infractions terroristes, il est urgent de veiller à ce que la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le respect de l'Etat de droit et des valeurs démocratiques soient une composante essentielle de cette action. C'est un impératif qui a été récemment rappelé à la France par le Secrétaire général du Conseil de l'Europe, T. JAGLAND¹, et qui est inscrit dans les engagements internationaux de la France². L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe l'a encore rappelé dans une résolution du 26 janvier 2016³.

Le présent projet de loi – comme la proposition de loi tendant à renforcer l'efficacité de la lutte antiterroriste, adoptée par le Sénat le 2 février⁴ – doivent contenir les garanties nécessaires en vue d'assurer un juste équilibre entre la protection des droits et des libertés et l'impératif de sécurité publique et de prévention et de répression des infractions pénales. L'une de ces garanties, essentielle en matière de procédure pénale, est assurément le contrôle du juge judiciaire, gardien des libertés individuelles en vertu de l'article 66 de la Constitution, lorsque les mesures ordonnées dans le cadre de l'enquête sont susceptibles de porter atteinte aux droits fondamentaux, telles que perquisitions, saisies et interceptions de données personnelles. Comme l'ont récemment rappelé le Premier président de la Cour de cassation, Bertrand LOUVEL et le Procureur général de la Cour de cassation, Jean-Claude MARIN, le juge judiciaire « *évit* » depuis plusieurs mois par les pouvoirs publics⁵, doit être au centre du dispositif et pouvoir pleinement jouer son rôle de garant des droits fondamentaux, tant en amont que pendant la procédure. Il est à noter que la proposition de loi sénatoriale consiste principalement à renforcer les pouvoirs de l'autorité judiciaire.

¹ Lettre du Secrétaire général du Conseil de l'Europe du 22 janvier 2016.

² Voir notamment la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme de 2005, ratifiée par la France le 29 avril 2008.

³ APCE, Résolution sur « *Combattre le terrorisme international tout en protégeant les normes et les valeurs du Conseil de l'Europe* ».

⁴ Proposition de loi n° 3469, déposée le 3 février 2016, à l'Assemblée nationale.

⁵ Discours du Premier président de la Cour de cassation, Bertrand Louvel, 14 janvier 2016.

En renforçant les moyens de l'autorité administrative, ce projet de loi crée un déséquilibre entre le préfet et le procureur de la République : il déplace ainsi l'initiative du déclenchement de mesures portant atteinte aux libertés individuelles au bénéfice du préfet, sans que celui-ci soit soumis au respect de garanties procédurales telles qu'un contrôle *a priori*.

Eu égard à l'objet de sa mission, le Défenseur des droits émet les réserves suivantes sur les mesures d'investigation portant atteinte au droit au respect de la vie privée et du domicile et sur le renforcement des pouvoirs de l'autorité administrative dans le cadre de la prévention du terrorisme.

I. MOYENS A LA DISPOSITION DU JUGE JUDICIAIRE ET DROIT AU RESPECT DE LA VIE PRIVEE ET DU DOMICILE

Le projet de loi permet au juge d'instruction et au parquet, dans le cadre de l'enquête préliminaire, de disposer de pouvoirs d'investigation supplémentaires en matière de terrorisme.

- **Un renforcement des moyens d'investigation : les perquisitions domiciliaires nocturnes dans le cadre de l'enquête préliminaire et, en cas d'urgence, dans le cadre d'une information judiciaire (article 1)**

Les perquisitions de nuit dans les locaux d'habitation – permises aujourd'hui sous le régime de l'état d'urgence⁶ et dans quelques cas dans notre droit commun⁷ – pourraient être effectuées dans le cadre de l'enquête préliminaire et dans le cadre de l'instruction. Elles seront possibles, en cas d'urgence, si elles sont nécessaires, afin de prévenir un risque d'atteinte à la vie ou à l'intégrité physique. Bien que cette possibilité soit limitée aux infractions terroristes⁸, c'est un premier pas vers l'élargissement du régime très dérogatoire des perquisitions domiciliaires de nuit.

La perquisition de nuit au domicile d'une personne constitue une ingérence très grave dans le droit au respect de la vie privée et du domicile garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. La CEDH a déjà eu l'occasion de souligner que si les Etats peuvent estimer nécessaire de recourir à de telles mesures pour établir la preuve matérielle d'infractions et en poursuivre les auteurs, leur législation et leur pratique doivent offrir des garanties adéquates et suffisantes contre les abus et l'arbitraire et respecter les principes de nécessité et de proportionnalité⁹.

Partant, le recours à cette mesure ne doit être qu'exceptionnel, limité à des infractions d'une particulière gravité, strictement encadré et entouré de garanties procédurales suffisantes. Ces perquisitions ne doivent être mises en œuvre que si elles sont nécessaires pour atteindre l'objectif poursuivi, et en particulier lorsqu'elles ne

⁶ Article 11 de la 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.

⁷ Dans l'enquête de flagrance (706-89 du code de procédure pénale (CPP)) et en cas d'urgence, dans le cadre d'une information judiciaire (706-91).

⁸ Visées à l'alinéa 11 de l'article 706-73 du CPP.

⁹ Voir, parmi d'autres, *Funke, Crémieux et Miaillhe c. France*.

pourront pas être réalisées dans d'autres circonstances de temps. C'est ce qu'a rappelé le Conseil constitutionnel en 2004¹⁰.

Le Défenseur des droits relève que l'autorisation d'une telle mesure sera délivrée par un magistrat du siège, le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention, sur requête du procureur de la République, dans le cadre de l'enquête préliminaire.

Ainsi que l'a souligné le Conseil constitutionnel, les articles 706-92 à 706-94 du code de procédure pénale (CPP) applicables aux perquisitions, visites domiciliaires et saisies de pièces à conviction, prévoient des garanties procédurales : l'obligation d'une décision écrite et motivée précisant la qualification de l'infraction dont la preuve est recherchée, l'adresse des lieux concernés, les éléments de fait et de droit justifiant la nécessité des opérations ; le contrôle des opérations sous le contrôle du magistrat qui les a autorisées, lequel peut se déplacer sur les lieux ; le fait que les opérations en cause ne peuvent avoir un autre objet que la recherche et la constatation des infractions visées¹¹.

A la lecture de l'ensemble des textes existants et proposés, il semble que les modalités prévues aux articles 706-92 à 706-94 du CPP soient applicables aux nouvelles dispositions mais cela ne ressort pas clairement du texte proposé.

Il est donc recommandé d'ajouter dans le texte de l'alinéa 3 de l'article 1^{er} « selon les modalités prévues par l'article 706-92 », à l'instar ce qui figure dans les articles 706-90 et 706-91 du CPP.

Sur la condition permettant de déclencher une perquisition domiciliaire de nuit, l'existence d'un « risque d'atteinte à la vie ou à l'intégrité physique », les travaux parlementaires doivent permettre de préciser et d'éclairer les circonstances dans lesquelles cette mesure peut être ordonnée.

Enfin, comme indiqué dans une recommandation de 2012 et lors de l'audition du Défenseur des droits par le Sénat sur la mise en œuvre de l'état d'urgence le 20 janvier dernier, il est recommandé qu'avant toute perquisition, des informations sur la présence, le nombre et l'âge du ou des enfants présents au domicile soient recueillies et de prévoir, si possible, dans l'équipage un intervenant social ou un psychologue, ou un fonctionnaire de police ou militaire de la gendarmerie de la brigade de protection des familles. A tout le moins, une personne, au sein de l'équipage intervenant, doit se charger plus spécifiquement de la protection du mineur, dans une pièce séparée. Ces mesures doivent être prises pour limiter les traumatismes causés aux enfants.

La formation initiale et continue des forces de l'ordre devrait faire état de la nécessité de protéger les enfants lors de ces opérations, du placement des enfants dans une pièce séparée et d'instaurer un dialogue avec eux par des effectifs non cagoulés. A cet égard, la CEDH a déjà sanctionné des Etats pour l'absence de prise en compte de la présence éventuelle d'enfants dans la planification et l'exécution d'opérations policières¹².

¹⁰ Voir à cet égard, Conseil constitutionnel, Décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, § 56.

¹¹ *Ibid.*

¹² *Gutsanovi c. Bulgarie*, 15 octobre 2013.

- **Des nouveaux moyens d'investigation : des mesures de surveillance permises dans le cadre judiciaire (articles 2 et 3)**

Le projet de loi vient compléter les dispositions de la loi du 24 juillet 2015 relative au renseignement par un volet judiciaire. Il permet ainsi au parquet et au juge d'instruction d'utiliser les nouvelles techniques de surveillance prévues par la loi sur le renseignement dans le cadre de poursuites des infractions terroristes visées aux articles 706-73 et 706-73-1 du CPP, à savoir le dispositif de « *l'imsi catcher* », la captation, la fixation, la transmission et l'enregistrement des paroles et d'images, ainsi que la captation de données stockées dans un système informatique.

Or, le Défenseur des droits a déjà eu l'occasion de dire lors des débats sur la loi relative au renseignement que ces mesures sont très intrusives. L'*imsi catcher*¹³, par exemple, est un dispositif de surveillance qui permet de recueillir de manière indifférenciée dans un périmètre géographique déterminé, des données techniques de connexion, qui permettent l'identification d'un équipement terminal ou du numéro d'abonnement de son utilisateur. Ce dispositif ne permet donc pas de cibler précisément les personnes soupçonnées d'avoir commis une infraction mais d'absorber l'ensemble des données techniques de connexion dans une zone visée, le temps de l'autorisation, qui peut aller, ici, jusqu'à un mois, et qui peut être renouvelée une fois dans les mêmes conditions de forme et de durée¹⁴.

Le Défenseur des droits relève que ces opérations sont autorisées et contrôlées par le juge des libertés et de la détention ou le juge d'instruction. Il note également que pour la sonorisation et la fixation d'images et de paroles et la captation de données informations, les dispositions relatives à la durée de l'autorisation ont été harmonisées avec celles actuellement prévues en matière d'interception de télécommunications (articles 100-2 et 706-95 du CPP) et de géolocalisation (article 230-33 du CPP), comme l'avait recommandé le Conseil d'Etat¹⁵.

Lors des débats sur la loi relative au renseignement, le Défenseur des droits avait formulé des observations et des recommandations sur le champ d'application de la loi, son insuffisance de prévisibilité, ainsi que sur les garanties dans la mise en œuvre de la loi et le contrôle effectué sur les mesures de surveillance¹⁶.

Il a notamment émis des réserves sur l'articulation qui serait faite entre la phase administrative de surveillance et la procédure judiciaire, et les conséquences de la loi sur les procédures pénales subséquentes. A cet égard, le présent projet de loi vient répondre à ces critiques, en prévoyant désormais le recours aux outils de surveillance dans le cadre judiciaire et des garanties procédurales.

Les mesures prévues par le projet de loi constituant de graves ingérences dans le droit au respect de la vie privée des individus, des garanties suffisantes doivent donc être prévues par la loi, notamment le respect de modalités telles que : l'adoption d'une ordonnance motivée, justifiant l'absolue nécessité de recourir à un tel dispositif et précisant le cadre dans lequel il est effectué (la ou les personnes soupçonnées d'infractions, le lieu visé, la qualification de l'infraction dont la preuve est recherchée, les éléments de faits et de

¹³ Art. L. 851-6.-I. du code de la sécurité intérieure.

¹⁴ Pour l'instruction, durée de quatre mois, renouvelable jusqu'à deux ans.

¹⁵ Durée de quatre mois dans le cadre de l'instruction et durée d'un mois dans le cadre de l'enquête préliminaire.

¹⁶ DDD, Avis 15-04, 15-09, 2 et 25 avril 2016.

droit justifiant la mesure...); l'extraction des seules données qui ont un lien direct avec l'enquête et la destruction à bref délai des autres données.

- **Inspection visuelle et fouille de bagages lors des contrôles d'identité (article 17)**

L'article 17 vient étendre les pouvoirs des forces de l'ordre à l'occasion des contrôles d'identité et vérifications d'identité effectués en application du 6^{ème} alinéa de l'article 78-2 du CPP¹⁷. L'article 78-2-2 modifié permettra, sur réquisition écrite du procureur de la République, aux fins de recherche et poursuites des actes de terrorisme et d'autres infractions, de procéder à l'inspection visuelle et la fouille des bagages lors des contrôles d'identité et de la visite des véhicules. Comme pour l'article 78-2-2, on note que la mesure sera autorisée par une décision expresse et motivée, limitée dans le temps (24 heures) et à certains lieux.

Afin d'assurer la traçabilité de ces opérations et de garantir à la personne contrôlée la possibilité d'exercer d'un recours utile contre la mesure qu'elle pourrait juger illégale, abusive ou discriminatoire, **il est recommandé que le procès-verbal prévu à l'alinéa 3 de l'article lui soit systématiquement remis et qu'il y soit précisé les motifs ayant justifié le contrôle, le lieu, la date et les heures du début et de la fin de l'opération, ainsi que les voies de recours disponibles.**

Il est également utile de rappeler les travaux et les recommandations du Défenseur des droits sur les contrôles d'identité¹⁸ et la nécessité que le législateur encadre davantage ces mesures, tant au niveau de leur traçabilité que de leur motivation.

II. UN RENFORCEMENT DES POUVOIRS DE L'AUTORITE ADMINISTRATIVE DANS LE CADRE DE LA PREVENTION DU TERRORISME

Dans le projet de loi, le gouvernement complète les dispositions de la loi du 20 novembre 2015 prorogeant l'application de la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, afin de « *donner des moyens d'actions par nature limités dans le temps, en instituant des dispositions pérennes* » dans notre droit commun¹⁹. Il prévoit ainsi de renforcer les pouvoirs de l'autorité administrative dans le cadre de la prévention du terrorisme.

Si le renforcement des moyens de lutte contre le terrorisme paraît légitime et justifié à la suite des attentats terroristes de janvier et de novembre 2015, l'objectif poursuivi par le projet de loi suscite toutefois des inquiétudes. Il vient en effet inscrire, dans notre droit commun, des mesures exceptionnelles prévues aujourd'hui par le régime de l'état d'urgence et portant gravement atteinte aux droits et libertés des individus, alors que celles-ci n'ont aucunement vocation à se pérenniser.

¹⁷ Sur réquisitions écrites du procureur de la République aux fins de recherche et de poursuite d'infractions qu'il précise, l'identité de toute personne peut être également contrôlée, selon les mêmes modalités, dans les lieux et pour une période de temps déterminés par ce magistrat.

¹⁸ Rapport relatif aux relations police / citoyens et aux contrôles d'identité, oct. 2012, p.9. Décision du Défenseur des droits MSP-MDS-MLD -2015-021, 3 février 2015.

¹⁹ Etude d'impact du projet de loi.

- **Le contrôle administratif à la suite d'un séjour à l'étranger sur un théâtre d'opérations terroristes (article 20)**

Présenté comme le pendant du dispositif d'interdiction administrative de sortie de territoire, le projet de loi prévoit désormais un contrôle administratif pour les personnes de retour du djihad. Il comprend l'assignation à résidence par le ministre de l'Intérieur de personnes « *ayant quitté le territoire national pour accomplir des déplacements à l'étranger ayant pour objet la participation à des activités terroristes ou des déplacements à l'étranger sur un théâtre d'opérations de groupements terroristes ou une tentative de se rendre sur un tel théâtre, dans des conditions susceptibles de les conduire à porter atteinte à la sécurité publique lors de leur retour sur le territoire français* ».

Le gouvernement vient donc inscrire dans notre droit commun (code de la sécurité intérieure) une mesure portant atteinte à la liberté d'aller et venir²⁰, largement inspirée de l'assignation à résidence prévue par le régime de l'état d'urgence actuel (article 6 de la loi du 3 avril 1955). Pourtant, le 13 janvier dernier, le Président de la commission des lois de l'Assemblée nationale, chargée du contrôle parlementaire des mesures prises dans l'état d'urgence, avait invité le gouvernement à veiller à ce que les « *procédures gloutonnes existantes dans l'état d'urgence ne viennent pas dévorer le droit commun des libertés*. »

Les mesures prévues à l'article 20 sont critiquables à plusieurs égards. D'une part, l'individu de retour de l'étranger, après avoir participé à des activités terroristes, pourrait être poursuivi pénalement sur le fondement de l'article 421-2-6 du code pénal. La voie judiciaire devrait être privilégiée. En réalité, on comprend ici que les autorités ne disposent pas assez d'éléments pour judiciariser et qu'elles souhaitent maintenir la personne sous surveillance le temps de recueillir les preuves matérielles suffisantes.

Ces mesures sont prises, en outre, sans contrôle juridictionnel préalable. Or, si le régime de l'état d'urgence et la menace terroriste pouvaient expliquer, il y a quelques mois, l'absence d'un tel contrôle, on ne voit aucune raison de se passer de cette garantie fondamentale dans notre droit commun.

En tout état de cause, si cette mesure est adoptée, son recours devrait être exceptionnel et strictement encadré, respecter les principes de nécessité et de proportionnalité et être soumis à un contrôle juridictionnel entier. **Le texte devrait préciser que :**

- la mesure d'assignation à résidence ainsi que les autres obligations prononcées, leur durée et leurs conditions de mise en œuvre, doivent être justifiées et proportionnées au but poursuivi ;

- les mesures doivent être levées dès qu'elles ne sont plus nécessaires, ce qui est prévu pour la mesure d'interdiction de sortie de territoire (article L.224-1 du code de la sécurité intérieure) ;

- inscrire dans le texte que la personne visée par les mesures dispose d'un recours devant le juge des référés, ce qui est aussi prévu pour la mesure d'interdiction de sortie de territoire (article L.224-1 du code de la sécurité intérieure)²¹.

²⁰ Conseil constitutionnel, Décision n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015, § 10. Voir également la jurisprudence de la CEDH.

²¹ Conseil constitutionnel, Décision n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015, § 12

Le texte prévoit en outre que la mesure doit « *permettre à l'intéressé de poursuivre une vie familiale et professionnelle normale* ». Dans le cadre du suivi de la mise en œuvre de l'état d'urgence, le Défenseur des droits a été saisi de nombreuses réclamations dénonçant les modalités d'assignation à résidence et demandant un allègement de la mesure soit en raison d'une maladie, d'un handicap ou d'enfants à charge²². Il faut donc espérer que cette garantie soit effective et que l'intéressé puisse obtenir des aménagements qui tiennent compte des contraintes familiales et professionnelles.

Selon le projet de loi, l'autorité administrative pourrait également soumettre la personne assignée à résidence à d'autres obligations : déclaration de domicile, signaler ses déplacements, ne pas entrer en contact avec certaines personnes.... Comme pour l'assignation à résidence, ces mesures devraient pouvoir être soumises à un contrôle juridictionnel préalable.

Ces obligations pourraient être tout en partie suspendues lorsque la personne « *accepte de participer, dans un établissement habilité à cet effet, à une action destinée à permettre sa réinsertion et l'acquisition des valeurs de citoyenneté* ». Ainsi que l'a souligné le Conseil d'Etat dans son avis du 28 janvier 2016, la participation à cette action ne pourra se faire que sur la base du volontariat. A cet égard, il est utile de rappeler les réserves émises par le Contrôleur général des lieux de privation de liberté concernant les stages de « déradicalisation » en milieu pénitentiaire. Il a rappelé que cet accompagnement doit se faire sur la base du volontariat et que l'accompagnement proposé doit être respectueux de la liberté de conscience et de religion²³.

- **La retenue administrative à l'occasion d'un contrôle d'identité (article 18)**

L'article 18 du projet de loi permet aux forces de l'ordre, à l'occasion d'un contrôle ou d'une vérification d'identité, de retenir une personne lorsqu'il y a des « *raisons sérieuses de penser que son comportement est lié à des activités à caractère terroriste ou qu'elle est en relation directe et non fortuite avec une personne ayant un tel comportement* ». La retenue vise à vérifier la situation de la personne, ce qui peut comprendre la consultation de fichiers de police, la vérification de sa situation administrative et la consultation des services à l'origine du signalement sur la conduite à tenir.

Selon l'étude d'impact du projet de loi, ces nouvelles dispositions viennent donner en réalité un fondement légal à une pratique des services de police et de gendarmerie qui, lorsqu'elles contrôlent des personnes faisant l'objet de fiches de sûreté « S », sont requis de retenir ces personnes et d'aviser sans délai le service ayant inscrit ces personnes au FPR pour recueillir ses instructions²⁴. L'étude précise en effet que cette retenue « *ne repose actuellement sur aucun fondement juridique* », les conditions légales prévues par l'article 78-3 du CPP relatif à la retenue pour vérification d'identité n'étant pas nécessairement réunies. Sans base légale, cette pratique pourrait dès lors être considérée comme un détournement de procédure.

Aux termes de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme, « *[t]oute personne a droit à la liberté et à la sûreté* » et « *nul ne peut être privé de sa liberté* », sauf dans les cas énumérés aux alinéas a) à f). La retenue au sens de l'article 18 constitue une

²² Audition par la commission des lois du Sénat sur le suivi de l'état d'urgence, Mercredi 20 janvier 2016.

²³ CGLPL, Avis du 11 juin 2015.

²⁴ Etude d'impact, p.61.

mesure privative de liberté au sens de l'article 5, au regard de l'ensemble des critères de la Cour : le genre, la durée, les effets, les modalités d'exécution et le caractère coercitif de la mesure considérée. La CEDH rappelle que la brièveté d'une privation de liberté n'en efface pas la réalité²⁵.

Or, la retenue pour « *vérification de la situation* » ne semble pas répondre aux exigences de l'article 5 de la Convention et entrer dans l'une des hypothèses prévues par cet article, contrairement à la retenue pour vérification de l'identité prévue par l'article 78-3 du CPP et la retenue pour vérification du droit au séjour prévue par l'article L.611-1-1 du CESEDA²⁶.

En effet, la retenue poursuit, selon le gouvernement, une finalité : l'obtention de renseignement et l'audition, le cas échéant, de la personne retenue à des seules fins administratives dans le cadre de la prévention du terrorisme²⁷.

La personne peut donc être privée de liberté alors même qu'elle se soumet au contrôle d'identité, qu'aucune autre obligation ne lui est prescrite et qu'il n'existe aucune raison plausible de soupçonner que cette personne a commis une infraction ou est sur le point d'en commettre une.

Dès lors, cette mesure soulève une question : peut-on recourir, dans ces circonstances, à une mesure privative de liberté aux seules fins d'obtention de renseignements sur la personne concernée ou sur ses relations ? La jurisprudence de la CEDH semble répondre par la négative : l'article 5 ne permet pas de détenir un individu pour l'interroger aux seules fins de recueillir des renseignements²⁸.

Par ailleurs, cette mesure prise à des seules fins administratives pose problème quant au respect des droits de la personne retenue qui pourrait être auditionnée et s'auto-incriminer, sans avoir eu notification de ses droits de garder le silence et d'être assistée d'un avocat, et voir ensuite les renseignements recueillis dans ce cadre administratif être utilisés comme preuve à charge dans une procédure judiciaire subséquente. Comme pour la loi relative au renseignement, on peut regretter ici un risque de confusion entre phase administrative et phase judiciaire. L'objectif poursuivi étant de recueillir des éléments suffisants afin de judiciaireiser, le statut de la personne retenue s'avère insatisfaisant.

Que les autorités aient ou non des raisons plausibles de soupçonner que la personne contrôlée a commis une infraction ou est sur le point d'en commettre une, **il faudrait privilégier la procédure judiciaire, plus protectrice des droits de la personne interpellée**. Le code de procédure pénale permet, par exemple, de procéder à l'audition dite libre d'une personne, témoin ou suspect, sur le fondement des articles 61 et suivants.

Le projet de loi prévoit également la possibilité de recourir à la retenue administrative d'un mineur (article 18). Le Défenseur des droits y est défavorable. D'autres mesures de substitution plus respectueuses des droits de l'enfant pourraient être prises. En tout état de cause, conformément aux engagements internationaux de la France, cette mesure devrait être exceptionnelle et entourée de garanties spéciales (contrôle du juge judiciaire,

²⁵ Voir par exemple, *Foka c. Turquie*, 28940/95, § 78 ; *Gillan et Quinton c. Royaume-Uni*, § 57 ; *Rantsev c. Chypre et Russie*, 10 avril 2010, no 25965/04.

²⁶ Ces mesures pourraient entrer dans le paragraphe b) de l'article 5 : « *s'il a fait l'objet d'une arrestation ou d'une détention régulières (...) en vue de garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi* ».

²⁷ Etude d'impact : « *au fond, la finalité de cette vérification de situation est l'obtention du renseignement* ».

²⁸ *Fox, Campbell Et Hartley c. Royaume-Uni*, 12244/86 12245/86, 12383/86, 30 août 1990.

notification des droits et **présence obligatoire d'un représentant légal dès le début de la mesure**) et sa durée devrait être la plus brève possible²⁹.

L'article 18 présente une étrange parenté avec les dispositions de l'article 4 de l'avant-projet de loi portant modification de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, lesquelles autorisent lors d'une perquisition, une retenue de 4 heures d'une personne, y compris d'un mineur, lorsqu'il existe « *des raisons sérieuses de penser que leur comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics* ».

L'article 18 illustre ici ce glissement inquiétant vers l'intégration de mesures exceptionnelles dans notre droit commun, un durcissement de notre arsenal juridique et un déséquilibre entre autorité administrative et autorité judiciaire, au mépris des exigences constitutionnelles et conventionnelles et du « juste équilibre » qui doit être préservé entre protection des droits et impératifs de sécurité publique.

III. CADRE LEGAL DE L'USAGE DES ARMES PAR LES FORCES DE SECURITE (article 19)

L'article 19 du projet de loi permet aux policiers, gendarmes et militaires le bénéfice de l'état de nécessité, « *lorsqu'un ou plusieurs homicides volontaires ou tentatives d'homicide volontaire viennent d'être commis et qu'il existe des raisons réelles et objectives de craindre que plusieurs autres de ces actes participant d'une action criminelle susceptible de causer une pluralité de victimes pourraient être à nouveau commis dans un temps rapproché, ils font un usage de leur arme rendu absolument nécessaire pour faire obstacle à cette répétition* ».

Le Défenseur des droits ne voit pas la nécessité d'adopter ces dispositions compte tenu de la législation et la jurisprudence actuelles, lesquelles permettent déjà aux intéressés d'invoquer la légitime défense ou l'état de nécessité et de bénéficier de l'irresponsabilité pénale, dans les circonstances décrites dans le texte.³⁰

Par ailleurs, ainsi que le relève le Conseil d'Etat dans son avis du 28 janvier 2016, la combinaison de ce régime supplémentaire avec les règles préexistantes pourrait s'avérer délicate pour policiers, gendarmes et militaires :

- Les policiers et les soldats de « Sentinelle » sont soumis au régime de la légitime défense pour faire usage de leurs armes (122-5 du code pénal) ;
- Les gendarmes sont quant à eux soumis à un régime spécifique qui décrit quatre situations particulières autres que la légitime défense où ils peuvent faire usage de leurs armes (2338-3 du code de la défense) ;
- Les douaniers sont soumis à un autre régime spécifique qui décrit quatre situations particulières autres que la légitime défense où ils peuvent faire usage de leurs armes, cependant distinctes de celles des gendarmes.

²⁹ Article 37 de la Convention relative aux droits de l'enfant ; Observation générale no 10 (2007) sur les droits de l'enfant dans le système de justice pour mineurs, CRC/C/GC/10.

³⁰ Articles 122-5 et 122-7 du code pénal.

Il est donc recommandé que **le régime de l'usage des armes par les forces de l'ordre soit redéfini plus globalement afin de « renforcer la cohérence de l'ensemble du dispositif », en prenant en compte les exigences posées par l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme (respect du droit à la vie), lequel impose de fixer un cadre juridique clair et précis, qui ne soit pas sujet à des difficultés d'interprétation**³¹.

IV. AUTRES DISPOSITIONS

Le Défenseur des droits prend note des dispositions qui ont été prises pour clarifier le rôle du procureur de la République au cours de l'enquête, indiquant qu'il contrôle la légalité des moyens mis en œuvre par les enquêteurs, la proportionnalité des actes d'investigation et qu'il doit veiller à ce que les investigations soient accomplies dans le respect des droits de la victime et de la défense, à charge et à décharge.

Le Défenseur des droits constate notamment la prise en compte de la nécessité de respecter le principe de l'égalité des armes dans le cadre des enquêtes préliminaires qui se poursuivent au-delà d'un an, par l'introduction du principe du contradictoire, ce qui constitue une amélioration par rapport à l'état actuel du droit.

Il remarque cependant que les nouvelles obligations du parquet en ce sens n'apportent pas autant de garanties pour les droits de la défense que celles qui existent dans le cadre d'une information judiciaire, notamment en matière de contestations de refus d'actes estimés nécessaires à la manifestation de la vérité formulées par la personne suspectée ou son avocat. Il n'est pas précisé dans quel délai le procureur doit répondre aux observations et demandes d'actes.

Le projet de loi prévoit des garanties afin que la personne accusée soit jugée dans un délai raisonnable et que la personne placée en garde à vue à la suite d'une arrestation en haute mer, soit présentée dans les plus brefs délais à un magistrat du siège (juge des libertés et de la détention ou juge d'instruction). Cela répond aux exigences de l'article 5 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'arrêt *Medvedyev et autres c. France* de la CEDH du 29 mars 2010.

Le Défenseur des droits relève que pour les interceptions de communications par la voie des télécommunications visant un parlementaire, un avocat ou un magistrat, l'article 25 prévoit désormais que de telles mesures feront l'objet d'une ordonnance motivée du juge des libertés et de la détention et que les personnes mentionnées à l'article 100-7 (président de l'assemblée, le bâtonnier, le premier président ou le procureur général de la juridiction) seront destinataires de ladite ordonnance. En cas de « mise sur écoute » d'un avocat à l'égard duquel il existerait des raisons plausibles de soupçonner qu'il a participé, comme auteur ou complice, à la commission d'une infraction, il sera important de veiller à ce que les interceptions relevant du secret professionnel et des droits de la défense soient protégées de manière effective. A cet égard, la CEDH qui accorde une protection spéciale aux relations « avocat-client » rappelle que la loi doit être suffisamment claire sur les conditions dans

³¹ Conseil d'Etat, avis du 28 janvier 2016.

lesquelles doit s'opérer « *le tri entre ce qui relève spécifiquement du mandat d'avocat et ce qui a trait à une activité qui n'est pas celle de conseil* ». ³²

Enfin, le projet de loi fixe un cadre juridique pour l'usage des caméras-piétons par les forces de l'ordre. Celui-ci permet de poursuivre plusieurs objectifs : d'une part, la prévention des incidents susceptibles de se produire à l'occasion des interventions des agents de la police nationale et des militaires de la gendarmerie nationale, l'objectivation des conditions d'intervention et le respect par les agents et militaires des obligations leur incombant, d'autre part, le constat d'infractions, la poursuite de leurs auteurs et le recueil de preuves.

Sur le déclenchement du dispositif lors d'opérations, on note que c'est à l'initiative de l'agent que l'enregistrement est déclenché « *lorsqu'un incident se produit ou, eu égard aux circonstances de l'intervention ou du comportement des personnes concernées, est susceptible de se produire* ». Or, ces modalités de mise en œuvre comportent le risque que la caméra ne soit pas enclenchée en cas d'incident. L'absence d'enregistrement audiovisuel pourra donc être reprochée à l'agent.

Le dispositif ainsi prévu n'apparaît pas comme une réponse de fond à l'encadrement et à la traçabilité nécessaires des contrôles d'identité.

A la question que pose sans aucun doute ce texte sur le risque d'affaiblissement durable et structurel de la garantie des libertés en France, le Défenseur des droits en ajoute une autre dont la portée de principe est moindre mais l'acuité politique certaine. L'utilisation par la justice et par l'administration des moyens disponibles selon la législation actuelle remontant à 1986 et renforcée récemment par les lois de novembre 2014 sur le terrorisme, de juillet 2015 sur le renseignement et de novembre 2015 sur la surveillance des communications électroniques internationales, n'aurait-elle pas permis, et ne permettrait-elle pas dans l'avenir, de lutter aussi efficacement contre le terrorisme sans risquer de porter atteinte aux principes de notre Etat de droit ?

³² *Kopp c. Suisse*, 25 mars 1998, §73.