

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

**LE DÉFENSEUR  
DES DROITS**



Paris, le 16 mars 2016

---

**Avis du Défenseur des droits n°16-08**

---

**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 16 mars 2016 par le rapporteur de la Commission des lois du Sénat, Michel MERCIER, 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 s'est ouvert sur le projet de loi renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale 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 seconde 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.

Sur le présent projet de loi, le Défenseur des droits formule à titre préliminaire les remarques suivantes.

L'arsenal juridique dont nous disposons aujourd'hui en matière de lutte contre le terrorisme et de renseignement, renforcé au fil des années, ne permettrait-il pas de lutter efficacement contre la menace terroriste sans risquer de porter atteinte aux principes de notre Etat de droit ?

En second lieu, le projet de loi, présenté optiquement comme un texte distinct de ceux portant sur l'état d'urgence, apparaît opérer un glissement inquiétant dans notre droit commun de mesures d'exception, dans le sens où il reprend des dispositions similaires à celles figurant dans l'avant-projet de loi renforçant l'état d'urgence. Il en va ainsi de la retenue administrative de 4 heures sur simple soupçon qui figure à l'article 4 de l'avant-projet de loi portant modification de la loi du 3 avril 1955 relative à 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 Défenseur des droits s'interroge enfin sur la collision à venir entre le présent texte et la proposition de loi tendant à renforcer l'efficacité de la lutte antiterroriste adoptée par le Sénat le 2 février dernier,<sup>1</sup> dont non seulement le titre mais aussi le contenu illustre la parenté d'objectifs. Il ressort des débats à l'Assemblée nationale que certains amendements reprenant des dispositions de cette proposition de loi ont été discutés en séance publique et rejetés.<sup>2</sup>

\*\*\*

Le présent projet de loi – comme la proposition de loi tendant à renforcer l'efficacité de la lutte antiterroriste précitée<sup>3</sup> – 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

---

<sup>1</sup> Proposition de loi n° 3469 de MM. Philippe BAS, Bruno RETAILLEAU, François ZOCCHETTO, Michel MERCIER et plusieurs de leurs collègues, déposée le 3 février 2016, à l'Assemblée nationale.

<sup>2</sup> C'est le cas des amendements qui prévoyaient la création de nouveaux délits : le délit de consultation habituelle de sites internet provoquant à la commission d'actes de terrorisme ou en faisant l'apologie et le délit d'entrave au blocage des services de communication en ligne faisant l'apologie d'actes de terrorisme ou provoquant à de tels actes ; l'augmentation des durées maximales de détention provisoire pour les personnes mineures de plus de 16 ans mises en examen pour infractions terroristes ; la pénalisation du séjour intentionnel à l'étranger sur un théâtre d'opérations de groupements terroristes afin d'entrer en relation avec un ou plusieurs de ces groupements.

<sup>3</sup> Proposition de loi n° 3469, déposée le 3 février 2016, à l'Assemblée nationale.

LOUVEL et le Procureur général de la Cour de cassation, Jean-Claude MARIN, le juge judiciaire « évité » depuis plusieurs mois par les pouvoirs publics<sup>4</sup>, doit être au centre du dispositif et pouvoir pleinement jouer son rôle de garant des droits fondamentaux, tant en amont que pendant la procédure.

En renforçant les moyens de l'autorité administrative, le 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 observations et recommandations suivantes sur les dispositions relatives aux mesures d'investigation portant atteinte au droit au respect de la vie privée et du domicile et au renforcement accru des pouvoirs de l'autorité administrative dans le cadre de la prévention du terrorisme, ainsi que sur d'autres dispositions relatives au nouveau régime d'irresponsabilité pénale des forces de sécurité, à la garde à vue des mineurs, aux caméras mobiles et à l'intégration de l'administration pénitentiaire dans la communauté de renseignement.

## **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 de disposer de pouvoirs d'investigation renforcés en matière de terrorisme.

- **Un renforcement des moyens d'investigation : les perquisitions domiciliaires nocturnes dans le cadre de l'enquête préliminaire et de l'information judiciaire en matière de terrorisme (article 1<sup>er</sup>)**

Les perquisitions de nuit dans les locaux d'habitation – permises aujourd'hui sous le régime de l'état d'urgence<sup>5</sup> et dans quelques cas dans notre droit commun<sup>6</sup> – pourront être effectuées dans le cadre de l'enquête préliminaire et de l'instruction. Ces opérations seront possibles, en cas d'urgence, lorsqu'elles seront nécessaires afin de prévenir un risque sérieux d'atteinte à la vie ou à l'intégrité physique. Bien que cette possibilité soit limitée aux infractions terroristes<sup>7</sup> et que l'autorisation soit délivrée par un magistrat du siège, 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 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La Cour européenne des droits de l'homme (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

---

<sup>4</sup> Discours du Premier président de la Cour de cassation, Bertrand Louvel, 14 janvier 2016.

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> 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).

<sup>7</sup> Visées à l'alinéa 11 de l'article 706-73 du CPP.

garanties adéquates et suffisantes contre les abus et l'arbitraire et respecter les principes de nécessité et de proportionnalité<sup>8</sup>.

**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 peuvent pas être réalisées dans d'autres circonstances de temps.**

Le Défenseur des droits relève que depuis les débats à l'Assemblée nationale, le texte a été quelque peu amélioré. Ainsi qu'il a recommandé dans son avis du 12 février 2016,<sup>9</sup> le projet de loi est venu rajouter quelques garanties, telles que le respect des modalités prévues à l'article 706-92 du CPP<sup>10</sup> et la nécessité que l'ordonnance d'autorisation justifie que la mesure ne puisse être réalisée dans d'autres circonstances de temps.<sup>11</sup>

**Sur la condition permettant de déclencher une perquisition domiciliaire de nuit, à savoir l'existence d'un « *risque sérieux d'atteinte à la vie ou à l'intégrité physique* », les travaux parlementaires devraient permettre de préciser et d'éclairer davantage les circonstances dans lesquelles cette mesure peut être ordonnée, conformément à ce qu'impose l'article 8 de la Convention européenne.**

Comme les perquisitions nocturnes domiciliaires effectuées pendant l'état d'urgence et les saisines du Défenseur des droits ont pu le démontrer, ces opérations peuvent être particulièrement traumatisantes pour les enfants. **Le Défenseur des droits regrette que ses recommandations visant à prendre des mesures pour protéger les enfants lors des perquisitions n'aient pas été suivies.** Le rapporteur de la Commission des Lois et le ministre de la Justice s'y sont opposés pour des raisons opérationnelles.

Comme indiqué dans une recommandation du 26 février 2016<sup>12</sup> et lors de l'audition du Défenseur des droits par le Sénat sur la mise en œuvre de l'état d'urgence, **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 systématiquement recueillies et communiquées aux forces de l'ordre, afin qu'ils les prennent en compte lors de la préparation de l'opération. Il est préconisé de désigner une personne dans l'équipage qui sera spécifiquement chargée de la protection du ou des mineurs présents au domicile, et que pendant l'intervention, cette personne puisse les accompagner et les isoler, afin qu'ils n'assistent pas à l'opération et que toutes les précautions soient prises afin de les préserver.**

Le Défenseur des droits recommande en outre que la formation initiale et continue des forces de l'ordre fasse spécialement état, outre du placement des enfants dans une pièce séparée, de la nécessité de privilégier leur surveillance et le dialogue par des effectifs spécialement dédiés à la protection des mineurs.

---

<sup>8</sup> Voir, parmi d'autres, CEDH, *Funke, Crémieux et Mialhe c. France*.

<sup>9</sup> Avis n°16-04.

<sup>10</sup> L'article 706-92 du CPP prévoit le respect de modalités telles que : 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.

<sup>11</sup> Cela répond ici à une exigence du Conseil constitutionnel.

<sup>12</sup> Décision du Défenseur des droits MDS-MDE-2016-069.

Dans un arrêt du 16 février 2016, *Govedarski c. Bulgarie*,<sup>13</sup> la CEDH a encore rappelé l'obligation pour l'Etat de prendre en compte la présence éventuelle d'enfants dans la planification et l'exécution d'opérations policières, telles que les perquisitions domiciliaires, et de fixer des modalités d'exécution prenant en considération la vulnérabilité et l'état de santé des personnes présentes, comme envisager une opération dans d'autres circonstances de temps. Le non-respect de ces exigences peut engager la responsabilité de l'Etat sous l'angle de l'article 3 de la Convention européenne qui prohibe tout traitement inhumain et dégradant.<sup>14</sup>

- **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.

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 surveillance<sup>15</sup>. Il avait 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.

Le Défenseur des droits relève que **depuis les débats à l'Assemblée nationale, certaines de ses recommandations ont été suivies, des garanties procédurales ont été ajoutées et des dispositions spécifiques sur la protection de certaines professions ont été insérées dans le projet de loi.**

Le recours au dispositif de l'IMSI catcher est possible dans deux situations : dans le cadre de l'enquête préliminaire sur autorisation du juge des libertés et de la détention et dans le cadre de l'instruction sur autorisation du juge d'instruction ou dans le cadre d'une enquête préliminaire, en cas d'urgence, après autorisation du procureur de la République, qui doit être confirmée dans les 24 heures par le juge des libertés et de la détention.

Concernant spécifiquement la première hypothèse, l'alinéa 4 prévoit des garanties procédurales : les opérations sont effectuées sous l'autorité et le contrôle du magistrat du siège qui les a autorisées et ne peuvent, à peine de nullité, être mises en œuvre pour une finalité autre que celle de la recherche et de la constatation des infractions pour lesquelles elles ont été autorisées. Cependant, ces garanties n'apparaissent pas pour la seconde hypothèse à l'alinéa 5. **Le Défenseur des droits recommande donc que les garanties procédurales prévues à l'alinéa 4 soient également insérées à l'alinéa 5.**

---

<sup>13</sup> CEDH, *Govedarski c. Bulgarie*, 16 février 2016.

<sup>14</sup> Voir également CEDH, *Gutsanovi c. Bulgarie*, 15 octobre 2013.

<sup>15</sup> DDD, Avis n° 15-04, 15-09, 2 et 25 avril 2016.

- **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<sup>ème</sup> alinéa de l'article 78-2 du CPP<sup>16</sup>. L'article 78-2-2 modifié permettra, sur réquisition écrite du procureur de la République, de procéder à l'inspection visuelle et la fouille des bagages lors des contrôles d'identité et de la visite des véhicules.

Le Défenseur des droits relève cependant que **le champ d'application de ces nouvelles prérogatives n'est pas strictement limité aux infractions terroristes mais englobe d'autres infractions telles que les infractions en matière d'armes, de vol, de recel et de trafic de stupéfiants. Au vu de l'objectif poursuivi par le projet de loi, à savoir la lutte contre le terrorisme, ce champ d'application ne devrait-il pas être limité à ce type d'infractions ?**

Le Défenseur des droits regrette que **sa recommandation préconisant la délivrance systématique d'un procès-verbal n'ait pas été suivie**. Le rapporteur de la Commission des Lois de l'Assemblée nationale et le ministre de l'Intérieur se sont opposés à un amendement reprenant cette préconisation pour des raisons opérationnelles.

Pourtant, afin d'assurer la traçabilité de ces opérations et de garantir à la personne contrôlée la possibilité d'exercer 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 78-2-2 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'identité<sup>17</sup> et la nécessité que le législateur encadre davantage ces mesures, tant au niveau de leur traçabilité que de leur motivation.**

## **II. UN RENFORCEMENT ACCRU 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 commun<sup>18</sup>. 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 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

---

<sup>16</sup> 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.

<sup>17</sup> 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.

<sup>18</sup> Etude d'impact du projet de loi.

gravement atteinte aux droits et libertés des individus, alors que celles-ci n'ont aucunement vocation à se pérenniser.

- **Le contrôle administratif du retour d'une personne ayant effectué à l'étranger un séjour sur un théâtre d'opérations terroristes (article 20)**

Présenté comme le pendant du dispositif d'interdiction administrative de sortie de territoire prévu à l'article L.224-1 du code de la sécurité intérieure, le projet de loi prévoit désormais un contrôle administratif pour 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* » ou « *une tentative de se rendre sur un tel théâtre* », dans des conditions susceptibles de la conduire à porter atteinte à la sécurité publique lors de son retour en France. Ce contrôle comprend l'assignation à résidence de cette personne par le ministre de l'Intérieur de personnes mais également d'autres obligations telles que la déclaration de son domicile, des identifiants de ses moyens de communication électronique, le signalement de ses déplacements, et l'interdiction d'entrer en relation directe ou indirecte avec certaines personnes dont il existe des raisons sérieuses de penser que leur comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics.

Le gouvernement vient donc inscrire dans notre droit commun des mesures portant atteinte à la liberté d'aller et venir<sup>19</sup> et au droit au respect de la vie privée, dont l'une d'elle est 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 de 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.* »

Ainsi qu'il a été souligné dans l'avis adressé à l'Assemblée nationale,<sup>20</sup> 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 donc 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.

Les dispositions de l'article 20 ont fait l'objet de discussions en Commission et en séance publique et ont permis de faire évoluer le texte. Certaines des recommandations du Défenseur des droits ont été suivies. Le texte précise davantage le champ d'application de la mesure et prévoit d'autres garanties procédurales, notamment l'information préalable du procureur de la République afin que celui-ci envisage les suites judiciaires à donner et qu'on fasse prévaloir l'ouverture d'une procédure judiciaire sur la mesure de police administrative.

---

<sup>19</sup> Conseil constitutionnel, Décision n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015, § 10. Voir également la jurisprudence de la CEDH.

<sup>20</sup> Avis n° 16-04, 12 février 2016.

L'article 20 prévoit également que les mesures doivent être levées aussitôt que les conditions prévues aux mêmes articles ne sont plus satisfaites et que la personne visée dispose d'un recours juridictionnel devant le juge administratif.

**Le texte devrait également 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.**

**L'information préalable du procureur de la République devrait inclure la communication de la décision motivée du ministère de l'Intérieur.**

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 charge<sup>21</sup>. **Il faudra donc que cette garantie soit effective et que l'intéressé puisse obtenir des aménagements qui tiennent compte des contraintes familiales et professionnelles.**

Les obligations prévues par l'article 20 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 religion<sup>22</sup>.

- **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* ». 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 sureté « S », sont requis de retenir ces personnes et d'aviser sans délai le service ayant inscrit ces personnes au fichier des personnes recherchées pour recueillir ses instructions<sup>23</sup>. 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.

---

<sup>21</sup> Audition par la commission des lois du Sénat sur le suivi de l'état d'urgence, Mercredi 20 janvier 2016.

<sup>22</sup> CGLPL, Avis du 11 juin 2015.

<sup>23</sup> Etude d'impact, p.61.



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 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 réalité<sup>24</sup>.

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 CESEDA<sup>25</sup>.

En effet, la retenue poursuit, selon le gouvernement, une finalité : l'obtention de renseignements et l'audition, le cas échéant, de la personne retenue à des seules fins administratives dans le cadre de la prévention du terrorisme<sup>26</sup>.

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 ? 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 renseignements<sup>27</sup>.

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, ou de procéder à un placement en garde à vue.

**Le Défenseur des droits regrette que la mesure de retenue administrative n'ait pas été supprimée aux termes des débats à l'Assemblée nationale.** Il note toutefois que quelques améliorations ont été apportées au texte, afin de restreindre son champ d'application, de préciser les objectifs de la retenue et de prévoir des garanties procédurales, telles que l'interdiction de procéder à une audition de la personne retenue, l'information sans délai du procureur de la République qui peut mettre fin à la mesure à tout moment et le droit la personne retenue d'être informée de la durée de la mesure dans une langue qu'elle comprend.

---

<sup>24</sup> Voir par exemple, CEDH, *Foka c. Turquie*, 28940/95, § 78 ; *Gillan et Quinton c. Royaume-Uni*, § 57 ; *Rantsev c. Chypre et Russie*, 10 avril 2010, no 25965/04.

<sup>25</sup> 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* ».

<sup>26</sup> Etude d'impact : « *au fond, la finalité de cette vérification de situation est l'obtention du renseignement* ».

<sup>27</sup> CEDH, *Fox, Campbell Et Hartley c. Royaume-Uni*, 12244/86 12245/86, 12383/86, 30 août 1990.

Cependant, le Défenseur des droits relève que **le texte ne fait plus référence au droit de la personne retenue de prévenir à tout moment une personne de son choix**. Il n'y est fait référence qu'indirectement lorsqu'il mentionne des circonstances particulières qui justifieraient que l'OPJ prévienne lui-même une personne choisie par la personne faisant l'objet de la retenue.

**Dès lors, il est recommandé de réinscrire dans le texte le droit de la personne retenue d'être aussitôt informée de la mesure, des raisons pour lesquelles elle est retenue et du droit de prévenir un membre de sa famille ou une personne de son choix - et si c'est impossible pour des raisons de sécurité – un avocat.**

**Le projet de loi prévoit également la possibilité de procéder à la retenue administrative d'un mineur. 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, notification des droits et présence obligatoire d'un représentant légal dès le début de la mesure) et sa durée devrait être la plus brève possible<sup>28</sup>.

Aux termes des débats à l'Assemblée nationale, le texte a été amendé pour que la retenue n'ait lieu qu'en présence d'un représentant légal, ou « *en cas d'impossibilité* », que la retenue fasse l'objet d'un accord exprès du procureur de la République. Le texte ne fait plus référence à la désignation d'un tuteur désigné par le juge des enfants sur saisine du procureur de la République, dispositions qui avaient été insérées par la Commission des Lois.

**En cas de retenue, le mineur devrait toujours être accompagné de son représentant légal et, en cas d'impossibilité, d'une personne compétente et habilitée à l'assister, à l'accompagner et à l'informer de la mesure et de ses droits, d'une manière adaptée à son degré de maturité et sa capacité de compréhension.**

**Il faut rappeler ici les exigences de la Convention internationale des droits de l'enfant sur les mesures privatives de liberté prises à l'égard des mineurs. L'article 37 d) dispose que les enfants privés de liberté ont le droit d'avoir rapidement accès à l'assistance juridique ou à toute autre assistance appropriée, ainsi que le droit de contester la légalité de leur privation.**

**En tout état de cause, en cas d'absence de représentant légal, l'accord exprès du procureur de la République ne saurait suffire et la retenue ne devrait pas se poursuivre.**

**Enfin, on peut s'interroger sur la possibilité pour la personne retenue de contester devant le juge le caractère illégal, abusif ou discriminatoire de la mesure. Le présent article ne prévoit aucune disposition à cet égard.**

---

<sup>28</sup> 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.

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 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 donc 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 - NOUVEAU REGIME D'IRRESPONSABILITE PENALE EN RAISON DE L'ETAT DE NECESSITE (article 19)**

L'article 19 du projet de loi permet aux policiers, gendarmes, militaires de la gendarmerie nationale et des forces armées et des agents douaniers, le bénéfice de l'état de nécessité, « *lorsqu'un ou plusieurs meurtres ou tentatives de meurtre viennent d'être commis et qu'il existe des raisons réelles et objectives de craindre, au regard des circonstances de la première agression et des informations dont dispose l'agent au moment où il fait usage de son arme, que plusieurs autres de ces actes participant d'une action criminelle susceptible de causer une pluralité de victimes, soient à nouveau commis dans un temps rapproché, il fait un usage de son arme rendu absolument nécessaire pour faire obstacle à la répétition de ces actes* ».

L'article 19 a peu évolué depuis les débats à l'Assemblée nationale.

**Le Défenseur des droits réitère donc son avis du 12 février 2016. Il 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.<sup>29</sup>**

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.

**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**

---

<sup>29</sup> Articles 122-5 et 122-7 du code pénal.

**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<sup>30</sup>.

#### IV. CAMERAS MOBILES (article 32)

Le projet de loi fixe un cadre juridique pour l'usage des caméras mobiles 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.**

Aux termes des débats à l'Assemblée nationale, l'article 32 a été modifié pour prévoir un déclenchement des enregistrements à la demande des personnes concernées par les interventions des forces de l'ordre. **Cependant, on peut toutefois s'interroger comment, en pratique, lors d'une intervention, la personne interpellée va pouvoir exercer ce droit (à supposer qu'elle en ait connaissance). Le texte devrait donc être plus précis à cet égard afin de rendre l'exercice de ce droit effectif.**

**Un amendement visant à donner au Défenseur des droits un plein accès aux enregistrements des caméras mobiles a été retiré en séance publique.**<sup>31</sup> Bien que la rapporteure de la Commission des Lois ait souligné que l'Institution aurait accès à ces enregistrements, **il est recommandé que l'article 32 autorise le Défenseur des droits à accéder aux enregistrements audiovisuels dans le cadre du traitement des réclamations individuelles ainsi que leur conservation jusqu'à la fin de l'instruction du dossier.**

Enfin, ainsi qu'il a été proposé en séance publique,<sup>32</sup> **il est également préconisé qu'un procès-verbal ou récépissé précisant la date et l'heure du début et de la fin de l'enregistrement soit remis à la personne interpellée.**

---

<sup>30</sup> Conseil d'Etat, avis du 28 janvier 2016.

<sup>31</sup> 120.

<sup>32</sup> 254.

## V. DISPOSITIONS RELATIVES A LA GARDE A VUE DES MINEURS

Transposant dans notre législation certaines dispositions de la Directive 2013/48/EU du 22 octobre 2013 relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et au droit d'informer un tiers dès la privation de liberté<sup>33</sup>, l'article 27 *quater* vient modifier directement l'article 4 de l'Ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante, afin de préciser les conditions dans lesquelles il peut être dérogé au droit du mineur placé en garde à vue d'informer un tiers (parents, tuteur, personne ou service auquel est confié l'enfant).

Le report de ce droit n'est désormais possible que « *pour permettre le recueil ou la conservation des preuves ou pour prévenir une atteinte grave à la vie, à la liberté ou à l'intégrité physique d'une personne, sur décision du procureur de la République ou du juge chargé de l'information, prise au regard des circonstances de l'espèce* ».

Si l'on peut admettre que le droit du mineur d'informer un tiers puisse être reporté pour ces deux motifs dont la légitimité n'est pas remise en cause, la Directive précitée insiste sur le fait que la limitation ou le report de ce droit ne doit être que « *temporaire* » et avoir lieu que dans les « *circonstances les plus exceptionnelles* ». D'ailleurs, le caractère exceptionnel de cette mesure ressort des termes mêmes de l'article 5 de la Directive, lesquels n'ont pas été repris dans le projet de loi : l'alinéa 3 dispose en effet que les Etats membres peuvent déroger temporairement à l'application de ce droit si cela est justifié compte tenu des circonstances particulières du cas d'espèce, « *lorsqu'il existe une nécessité urgente de prévenir une atteinte grave à la vie, à la liberté, ou l'intégrité physique d'une personne* ».

Eu égard à ce qui précède, **il est recommandé de préciser à l'article 27 *quater* du projet de loi que le report de ce droit est exceptionnel, temporaire et qu'il doit être justifié par une « *nécessité urgente* » de poursuivre l'un des deux objectifs de prévention d'une atteinte grave à la vie, à la liberté ou à l'intégrité physique d'une personne ou de recueil et de conservation des preuves.**

**En cas de dérogation temporaire à l'application du droit du mineur d'informer un tiers, l'article 27 *quater* doit également tenir compte des dispositions l'article 8 de la Directive qui fixe les conditions générales d'application de l'article 5 et demande à que cette dérogation soit proportionnée, que sa durée soit strictement limitée, et qu'elle ne porte pas atteinte à l'équité de la procédure.**

**Enfin, l'alinéa 4 de la Directive demande à ce qu'en cas de dérogation à l'application de ce droit, les autorités veillent à ce qu'une autorité compétente en matière de protection de l'enfance soit informée, sans retard indu, du placement en garde à vue de l'enfant. Ces dispositions n'ayant pas été reprises dans le projet de loi, il est donc recommandé de les y insérer.**

**Par ailleurs, le Défenseur des droits réitère ses recommandations concernant d'autres garanties procédurales dont devrait bénéficier le mineur placé en garde à vue. Dans le**

---

<sup>33</sup> Directive 2013/48/EU relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, au droit d'informer un tiers dès la privation de liberté et au droit des personnes privées de liberté de communiquer avec des tiers et avec les autorités consulaires.

cadre du projet loi réformant la justice des mineurs et de son rapport d'appréciation sur la mise en œuvre de la Convention relative aux droits de l'enfant remis au Comité des droits de l'enfant de l'ONU en février 2015, le Défenseur des droits a en effet recommandé que : - soit consacré le droit de garder le silence, - soit garanti de manière effective l'assistance d'un avocat et - soit inscrit dans la loi l'obligation de procéder à un examen médical systématique quel que soit l'âge du mineur.

## **VI. INTEGRATION DU BUREAU DU RENSEIGNEMENT PENITENTIAIRE DANS LE DEUXIEME CERCLE DE LA COMMUNAUTE DU RENSEIGNEMENT (article 4 *ter*)**

Aux termes des débats à l'Assemblée nationale, l'article 4 *ter* nouveau permet désormais au Gouvernement d'inscrire le bureau du renseignement pénitentiaire dans le décret pris en Conseil d'État précisant quelles administrations, autres que les services spécialisés de renseignement, peuvent recourir à des techniques de recueil du renseignement. Cet amendement avait été proposé et rejeté lors des débats sur la loi relative au renseignement.

Le garde des Sceaux de l'époque n'y était pas favorable. Le Contrôleur général des lieux de privation de liberté y était également défavorable.

Dans son avis sur la loi relative au renseignement adressé au Sénat,<sup>34</sup> le Défenseur des droits s'était lui aussi opposé à un tel élargissement, rappelant qu'en raison du caractère exceptionnel de ces mesures, il devrait être ouvert à un nombre restreint de services. Il soulignait qu'au regard des nécessités du fonctionnement des lieux de détention, notamment la qualité des relations entre surveillants et détenus, la présence avérée d'agents du renseignement pouvait constituer un risque grave de conflits. A cet égard, le garde des Sceaux craignait les risques de dérive et de déstabilisation et la désorganisation des établissements.<sup>35</sup> **Le Défenseur des droits réitère ses précédentes recommandations tendant à exclure l'administration pénitentiaire de la communauté du renseignement.**

---

<sup>34</sup> Avis n° 15-09 du 29 avril 2015.

<sup>35</sup> Assemblée nationale, Commission des lois, 1er avril 2015.