

# État d'urgence et autorité judiciaire

par Farah SAFI

*Professeur à l'Université Clermont Auvergne – Paris II*

Il en faut du courage et de la patience avant de s'aventurer, de nos jours, dans la lecture d'un code de procédure pénale<sup>1</sup>. En plus de la complexité des règles, du pullulement des dérogations et des dérogations à la dérogation, de la multiplication des renvois d'un texte à l'autre et d'un code à l'autre, on est souvent confronté à une difficulté majeure : déceler une cohérence dans l'articulation des différentes dispositions, afin de retrouver l'esprit de notre procédure pénale.

La tâche devient plus complexe lorsqu'il s'agit de traiter de sujets sensibles, comme celui relatif à l'état d'urgence et l'autorité judiciaire, un sujet sensible à plusieurs égards :

– tout d'abord, l'aspect politique des deux notions met, d'emblée, mal à l'aise : en évoquant l'état d'urgence et/ou l'autorité judiciaire, il faudrait sans doute contenter grand nombre de personnes et, notamment, cette opinion publique terrorisée, et plus que jamais obsédée par l'objectif sécuritaire. Il faut donc savoir peser ses mots pour ne pas être vite catégorisé en « ami des terroristes ». L'opinion publique et, par conséquent, le législateur – qui n'est plus que le simple reflet de celle-ci – sont ainsi largement favorables à l'idée d'un état d'urgence : si les massacres dans les locaux de *Charlie hebdo* les avaient déjà mobilisés pour réclamer davantage de mesures sécuritaires, les tristes événements de novembre 2015 n'ont fait qu'accentuer ce besoin. Il fallait donc, dans l'urgence, édicter des règles sur l'état d'urgence... Cette « politisation » des notions touche aussi à l'autorité judiciaire stigmatisée, notamment par ceux qui la craignent le plus, c'est-à-dire par les responsables politiques, à un tel point qu'il s'est agi de supprimer le juge d'instruction, symbole de l'indépendance et de l'impartialité de la justice pénale ;

---

1. Ce texte est extrait d'une contribution présentée à l'occasion du séminaire de l'AFDSD du 31 mars 2016 sur « L'état d'urgence, nécessité de la sécurité et de la défense ». Le style oral est conservé, et les références prennent en compte l'actualité juridique antérieure à cette date.

– ensuite, la sensibilité du sujet a trait à son aspect juridique, puisqu’il s’agit ici de mettre en relation – et non en opposition – deux notions qui sont loin de faire l’unanimité quant à leurs définitions et périmètres :

– d’une part, il n’est point aisé de déterminer ce à quoi fait appel, en procédure pénale, la notion d’état d’urgence. S’agit-il de faire référence, simplement, à l’état d’urgence prévu par la loi du 3 avril 1955, qui est censé être, par définition, un état d’exception et, par conséquent un état temporaire ? Ou s’agit-il d’évoquer l’état d’urgence au sens le plus large du terme, faisant appel à cette idée selon laquelle face à des circonstances exceptionnelles il faut des mesures exceptionnelles. Au nom de plusieurs luttes et guerres, l’exception devient alors le principe, si bien que l’état d’urgence devient, à son tour, le principe et non plus l’exception. Il semble – malheureusement – que c’est plutôt cette deuxième vision du sujet qui devrait être retenue. Nul ne peut nier qu’aujourd’hui, à la suite de la prorogation de l’état d’urgence proclamée par le président de la République le 13 novembre 2015, nous sommes désormais entrés dans l’air d’un état d’urgence permanent<sup>2</sup> ;

– d’autre part, la définition de l’autorité judiciaire pose des difficultés, en raison des contradictions entre la position du Conseil constitutionnel et celle de la Cour européenne des droits de l’homme. On le sait, si pour ce premier, ce corps comprend, à côté du juge du siège, les magistrats du parquet<sup>3</sup>, le juge de Strasbourg, quant à lui, a pu affirmer avec fermeté et à juste titre que le ministère public n’est pas une autorité judiciaire en ce qu’il ne remplit pas les exigences d’impartialité et d’indépendance<sup>4</sup>. C’est cette dernière conception de l’autorité judiciaire qui sera retenue dans cette étude : en plus de la nature du sujet étroitement lié aux libertés individuelles, d’autres raisons – que l’on verra plus loin – justifient ce choix et sont liées au statut et à la composition même du parquet.

De cette tentative de délimitation d’un sujet aussi complexe que sensible, il ressort que l’état d’urgence décrété le 13 novembre 2015 a entraîné deux conséquences principales sur notre procédure pénale :

– d’une part, il a permis la banalisation des atteintes aux libertés fondamentales : la fin semble justifier – tous – les moyens, surtout lorsqu’il s’agit de lutter contre les « ennemis de la liberté ». Cela passe par la consécration de mesures que le législateur avait déjà amorcées et commencé à intégrer en procédure pénale avant la proclamation de l’état d’urgence, mais dont l’introduction n’était pas encore achevée, justement en raison des atteintes qu’elles comportent pour les libertés fondamentales. Cela se traduit par le fait d’accorder davantage de pouvoirs au parquet pendant la phase des enquêtes. La procédure pénale devient

2. O. Beaud, « Il ne faut pas constitutionnaliser l’état d’urgence », *Le Monde* 1-12-2015.

3. Cons. const., QPC, 30 juil. 2010, n° 2010-14/22.

4. CEDH *Moulin c./ France*, 23 nov. 2010, n° 37104/06. Position confirmée par la Cour de cassation : Cass. crim., 15 déc. 2010, *Bull. crim.*, n° 207.

alors principalement un outil de répression et non plus un moyen de préserver la liberté individuelle ;

– d'autre part, l'état d'urgence a permis la création de nouvelles mesures au profit de l'administration, mesures qui, à supposer qu'elles aient été un jour concevables, ne l'étaient que dans le cadre d'un réel état d'urgence justifié par un danger imminent.

Par conséquent, l'état d'urgence atteint doublement l'autorité judiciaire : s'il vient entériner le déplacement du point d'équilibre de la procédure pénale vers le parquet au détriment du juge judiciaire (I), il inquiète surtout en permettant au juge administratif de se substituer au juge judiciaire, seul garant de la liberté individuelle (II).

## **I. État d'urgence et dessaisissement de l'autorité judiciaire au profit du parquet**

Le renforcement des pouvoirs du ministère public ne date pas d'aujourd'hui. Cela fait un certain temps maintenant que le législateur accorde de plus en plus de pouvoirs au parquet. Le parquet s'est ainsi vu attribué un rôle concurrent au juge du siège à travers le développement des alternatives aux poursuites, la comparution immédiate sur reconnaissance préalable de culpabilité ou encore la nouvelle procédure de l'ordonnance pénale. De la même manière, les pouvoirs du parquet ont été accentués au cours des enquêtes. Cela se traduit aussi bien par une confusion des enquêtes préliminaire et de flagrance (A), que par un effacement du particularisme de l'instruction (B).

### **A. La confusion des enquêtes**

Depuis la loi du 9 mars 2004<sup>5</sup>, se pose la question de la distinction entre enquête préliminaire et de flagrance. En effet, les multiples réformes sont à l'origine d'une réelle confusion entre les deux enquêtes puisque tout comme l'enquête de flagrance, l'enquête préliminaire devient de plus en plus contraignante. La différence entre ces deux enquêtes devient presque insignifiante : le parquet a désormais la possibilité de procéder, même au cours d'une enquête préliminaire, à des actes contraignants et coercitifs, c'est-à-dire sans demander l'accord préalable de la personne concernée. Par exemple, l'article 76 du code de procédure pénale autorise de procéder, au cours d'une enquête préliminaire, à des perquisitions sans l'assentiment de l'intéressé, si les nécessités de l'enquête le justifient. De même, depuis la loi du 28 mars 2014 relative à la géolocalisation<sup>6</sup>, le procureur

5. Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

6. Loi n° 2014-372 du 28 mars 2014 relative à la géolocalisation.

de la République peut procéder, au cours d'une enquête préliminaire, et sans prévenir la personne intéressée, à sa localisation pendant une durée de 15 jours<sup>7</sup>.

Mais, jusque-là, ces dérogations n'ont pas été censurées par le Conseil constitutionnel ni n'ont entraîné des condamnations de la part de la Cour de Strasbourg puisque le législateur a toujours veillé à « contre balancer » les pouvoirs accordés au parquet par une garantie, qui est celle du contrôle d'un juge du siège. Il s'agit du juge des libertés et de la détention (JLD), ce nouvel alibi<sup>8</sup> utilisé par le législateur pour « légitimer » les atteintes que certaines dispositions comportent pour les libertés. Par exemple, si la loi permet au parquet, au cours d'une enquête préliminaire, de procéder à des perquisitions sans le consentement de la personne, c'est à la condition que celle-ci soit, à la requête du procureur de la République, décidée et contrôlée par le JLD<sup>9</sup>. De même, si, à l'occasion d'une enquête de flagrance, le parquet peut perquisitionner en dehors des heures légales, il doit pour cela obtenir l'autorisation du JLD qui contrôle les opérations<sup>10</sup>.

Il reste que l'état d'urgence et la lutte contre le terrorisme semble autoriser le législateur à aller encore plus loin. Comme le précise un auteur, « le droit à la sûreté est moins conçu aujourd'hui en matière pénale comme une limite au pouvoir de punir que comme une justification à l'exercice de ce pouvoir »<sup>11</sup>. C'est ainsi que la frontière entre enquête de flagrance et enquête préliminaire devient très ténue, notamment en matière de terrorisme, puisque le nouveau 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 prévoit, dès son premier article, une dérogation – encore une ! – aux règles applicables dans le cadre d'une enquête préliminaire, en autorisant le parquet à procéder « en cas d'urgence », pour les infractions de terrorisme, à des perquisitions dans les locaux d'habitation en dehors des heures légales<sup>12</sup>, lorsque cela est « nécessaire afin de prévenir un risque d'atteinte à la vie ou à l'intégrité physique ». C'est toujours le même alibi qui est utilisé pour « justifier » cette dérogation : il revient au JLD d'autoriser et de contrôler la mesure.

Pourtant, toutes ces garanties semblent bien superfétatoires. D'une part, n'est-il pas contradictoire d'évoquer l'urgence dans le cadre d'une enquête préliminaire ? Ne s'agit-il pas d'une circonstance qui permet de justifier le recours à la coercition au cours d'une enquête de flagrance ? D'autre part, comment apprécier la nécessité de procéder à cette dérogation ? Et, plus précisément, que faut-il entendre par « prévenir un risque » ? Il est habituel de prévoir, en procédure

7. Délai au-delà duquel l'autorisation du JLD est requise.

8. p. Conte, « Les galeux de la République. À propos de l'affaire d'Outreau », *JCP G* 2006, I, 101.

9. Art. 76 al. 4 du CPP.

10. Art. 706-89 du CPP.

11. V. Malabat, « Droit à la sûreté et droit pénal », in *Le droit à la sûreté – État des lieux, État de droit*, actes de la journée d'étude organisée le 29 avril 2011 par le CERDARE de l'Université Montesquieu-Bordeaux IV, Cujas 2012, p. 43.

12. Art. 59 du CPP.

pénale, des mesures attentatoires aux libertés fondamentales afin de prévenir la commission d'une infraction. Par exemple, la détention provisoire peut être justifiée par l'objectif de prévenir le renouvellement d'une infraction<sup>13</sup>. Or, dans sa nouvelle rédaction, l'article 706-90 du code de procédure pénale accorderait des pouvoirs exorbitants au parquet pour prévenir non pas une atteinte réelle et imminente – ce que supposerait normalement l'urgence à laquelle fait référence l'article –, mais un risque d'atteinte, avec toute l'ambiguïté que comporte cette expression. Une lecture réaliste du second alinéa de cet article suppose alors que l'on accepte l'idée selon laquelle la fin justifie le moyen : au nom d'une certaine urgence, tout est permis, même au cours d'une enquête préliminaire, afin de renforcer « l'efficacité des investigations judiciaires ».

Ces perquisitions nocturnes dérogent à plusieurs principes : non seulement, elles ont toujours été exclues au cours d'une enquête préliminaire<sup>14</sup>, surtout dans les locaux d'habitation, mais encore, lorsqu'elles sont exceptionnellement autorisées pour les nécessités de recherche de la vérité, elles sont justifiées soit par l'existence d'un crime ou délit flagrant, soit par un risque immédiat de disparitions de preuve ou d'indices matériels, soit enfin par l'existence de raisons plausibles de soupçonner qu'une ou plusieurs personnes se trouvant dans les locaux où la perquisition doit avoir lieu sont en train de commettre des crimes ou délit dans le cadre de la criminalité organisée<sup>15</sup>. Dès lors, les perquisitions domiciliaires nocturnes ne peuvent avoir comme objectif de prévenir un simple risque de commission d'une infraction, et ne sont justifiées que lorsqu'elles ne peuvent pas avoir lieu dans d'autres circonstances et à un autre moment<sup>16</sup>. Le parquet se verrait alors aujourd'hui libéré de toutes les chaînes permettant de garantir les libertés individuelles : il pourrait, si le projet est voté, procéder à une perquisition domiciliaire nocturne, n'importe quand et pour n'importe quelle raison, dès qu'il ressent un simple risque d'atteinte à la vie ou à l'intégrité physique.

La critique s'impose avec d'autant plus d'acuité que l'on se rappelle encore que le Conseil constitutionnel a déjà eu l'occasion de censurer la possibilité de recourir aux perquisitions de nuit au cours d'une enquête préliminaire au motif que « le déroulement et les modalités de l'enquête préliminaire sont laissés à la discrétion du procureur de la République »<sup>17</sup>. Par cette décision, le Conseil y voyait une atteinte excessive à la liberté individuelle. Ce raisonnement ne pourrait-il pas être transposé ici ? La réponse est positive, mais cela n'empêchera pas l'article critiqué d'entrer en vigueur si on en croit un précédent. C'est ce qui s'est produit en 1996 : malgré la censure du Conseil, la loi du 30 décembre 1996<sup>18</sup>, non

13. Art. 144 du CPP.

14. Art. 59 du CPP.

15. Art. 706-91 du CPP.

16. Cons. const., 2 mars 2004, n° 2004-492 DC.

17. Cons. const., 16 juillet 1996, n° 96-377 DC, consid. n° 18.

18. Loi n° 96-1235 du 30 décembre 1996 relative à la détention provisoire et aux perquisitions de nuit en matière de terrorisme.

soumise à un contrôle *a priori*, a autorisé de telles perquisitions. Et c'est sûrement pour cette raison que le Premier ministre a ouvertement demandé – demande extravagante –, après les attentats du 11 novembre 2015, que certaines lois ne soient pas soumises au contrôle *a priori* du Conseil afin d'éviter la censure. Voilà une claire manifestation du passage d'un État de droit à un État de non droit, un État où ceux qui légifèrent ont parfaitement conscience des atteintes qu'ils portent, au nom de l'état d'urgence, aux libertés individuelles.

Évidemment, ici comme ailleurs, l'autorisation et le contrôle du JLD ne présentent en aucun cas une réelle garantie pour les libertés<sup>19</sup>. Il s'agit, certes, d'un juge du siège qui doit valider la procédure. Mais, loin de diriger l'enquête, celui-ci ne fait que contrôler les mesures prises. Or, en quoi consiste ce contrôle ? Les textes ne prévoient aucune obligation qui puisse garantir un réel suivi par le juge du siège des opérations effectuées par le magistrat du parquet, puisque celui-ci « peut se déplacer sur les lieux pour veiller au respect des dispositions légales »<sup>20</sup>. La pratique montre que les juges des libertés et de la détention n'ont pas les moyens de procéder à un réel contrôle, ce qui est bien logique : à force de le mettre partout, le JLD est dans l'impossibilité d'accomplir les missions qui lui sont confiées, si bien qu'il se transforme en un organe d'enregistrement, pour valider les actes du parquet, au risque de porter atteinte aux libertés qu'il est censé protéger.

Par conséquent, la confusion des enquêtes permet d'attribuer davantage de pouvoirs au parquet et l'autorise à procéder à des actes attentatoires aux libertés individuelles sans un véritable contrôle de l'autorité judiciaire<sup>21</sup>. C'est le même résultat auquel on arrive en raison du transfert, au parquet, de certains pouvoirs qui étaient, jusque-là, du monopole du juge d'instruction.

## B. L'effacement de l'instruction

Au nom de l'état d'urgence et de la lutte – guerre ?<sup>22</sup> – contre le terrorisme, la loi attribue au parquet des compétences normalement dévolues au juge d'instruction. Par exemple, les perquisitions et visites domiciliaires en dehors des heures

19. Comme le précise un auteur, « il faut bien convenir que l'intervention occasionnelle du JLD, pour autoriser les actes les plus attentatoires aux droits fondamentaux, serait loin de constituer un contrepoids utile et efficace aux pouvoirs accrus du magistrat du parquet », H. Matsopoulou, « Une nouvelle réforme de la procédure pénale ? Les principales propositions de la mission de réflexion sur les possibles évolutions de la procédure pénale », *JCP G* 2014, 957.

20. Art. 706-92 du CPP.

21. Cela est d'autant plus vrai que la Cour de cassation considère que les juridictions de jugement ne peuvent pas contrôler la garde à vue, et plus particulièrement, vérifier si la décision de placement en garde à vue a été prise « pour les nécessités de l'enquête ». V. Cass. crim., 4 janvier 2005, *Bull. crim.*, n° 3 ; *JCP G* 2005, II, 10176, P. Conte.

22. P. Conte, « Guerre ? », *Dr. pén.* 2015, Repère 2.

légales sont autorisées si l'enquête de flagrance porte sur une infraction qui entre dans le champ de la criminalité organisée<sup>23</sup>. Il s'agit de permettre au magistrat du parquet, partie au procès (donc dépourvu de toute impartialité) et hiérarchiquement soumis au pouvoir politique (donc privé de toute indépendance), de procéder à des actes qui relèvent normalement de la phase de l'instruction et donc du pouvoir du juge d'instruction, magistrat du siège, garant de la liberté individuelle, juge impartial et indépendant ayant pour caractéristique première cette qualité d'instruire à charge et à décharge – au risque de déplaire au pouvoir politique. Il s'agit d'un réel déplacement du point d'équilibre de la procédure pénale vers le parquet, au détriment du juge du siège et, plus précisément, du juge d'instruction. Par le renforcement des pouvoirs du parquet, le juge d'instruction est « enterré vivant » : à défaut d'avoir réussi à le supprimer, le législateur le marginalise et transfère une grande partie de ses pouvoirs au ministère public. C'est ainsi que le pourcentage des affaires transmises au juge d'instruction ne dépasse plus les 3 % : le nombre d'informations judiciaires décline en même temps que les pouvoirs du ministère public s'accroissent. Si le projet de loi relatif à la criminalité organisée entre en vigueur, le bilan sera encore plus alarmant avec un effacement de la phase de l'instruction.

En effet, le législateur prévoit de supprimer le monopole du juge d'instruction en matière de criminalité organisée en autorisant le parquet à procéder à des actes qui, jusque-là, n'étaient concevables que sous la direction et le contrôle du juge d'instruction. C'est ainsi que l'article 3 du projet autorise les officiers ou agents de police judiciaire à procéder, au cours d'une enquête, pour une durée d'un mois, et sans le consentement de l'intéressé, à la captation, fixation, transmission et enregistrement de parole dans des lieux ou véhicules privés ou publics. Aujourd'hui, cette procédure n'est possible qu'au cours d'une instruction<sup>24</sup>, si les nécessités de l'information l'exigent, sur autorisation du juge d'instruction, sous son autorité et son contrôle. Mais tous les moyens semblent bons pour renforcer le pouvoir du parquet quitte, pour y parvenir, à verser dans la fable – le projet affirme que le procureur enquête « à charge et à décharge »<sup>25</sup>. Mensonge, peut-être, mais « pieux mensonge » alors, puisque, inséré dans un titre consacré aux garanties renforcées de la procédure pénale, la fable est posée « pour la bonne cause ». L'enfer des libertés est décidément pavé des meilleures intentions pénales, et ce n'est pas une nouveauté. Depuis une quinzaine d'années, l'intervention systématique du JLD participe de ce mouvement. La garantie que ce juge apporte à la procédure relève, elle aussi, de la fable. Celui-ci n'a aucun champ de spécialité, et le flou qui entoure sa mission est comblé par une précision terminologique : c'est le juge des libertés. Mais tout juge du siège n'est-il pas censé être un juge des libertés (art. 66 de la

23. Art. 706-89 du CPP.

24. Art. 706-96 du CPP.

25. Art. 22 du 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, qui prévoit la création d'un nouvel article 39-3 au sein du code de procédure pénale.

Constitution) ? Le législateur se paie de mots ; c'est au prix d'un jeu de dupes qu'il rassure l'opinion publique. Par la magie d'une formule incantatoire, « juge des libertés », le législateur laisse accroire au justiciable qu'on veille à garantir sa liberté et sa sécurité lors même que, par la force des actes, on porte largement atteinte à ses droits et libertés.

En outre, on ne manquera pas de s'inquiéter du pouvoir accordé au parquet par ce même projet, et au nom de l'état d'urgence, de procéder à une retenue pendant quatre heures d'une personne objet d'un contrôle ou d'une vérification d'identité, s'il « existe 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 »<sup>26</sup>. Il ne s'agit plus ici d'un simple déplacement du point d'équilibre de notre procédure pénale, c'est tout son esprit qui se voit bafoué : la loi permet de priver une personne de sa liberté d'aller et de venir, sans aucun contrôle d'un magistrat du siège, sans avoir la possibilité d'être assistée par un avocat, et sans aucune garantie procédurale<sup>27</sup>, simplement parce qu'il existe des « raisons sérieuses de penser »<sup>28</sup> que son comportement est en lien avec une activité terroriste. La question se pose d'elle-même : quel est le critère d'appréciation de ces « raisons sérieuses » ? La couleur de peau constitue-t-elle, par exemple, une raison sérieuse de penser que la personne est en lien avec une activité terroriste ? Mais encore, qu'est-ce qu'une activité terroriste ? Faut-il relever un lien avec un acte de terrorisme tel que défini par la loi pénale ou alors libre au policier – de l'arbitraire policier ? – de caractériser ce qui entre ou non dans le cadre d'une activité terroriste ? Enfin, et surtout, si véritablement il y a des raisons « sérieuses » de penser que la personne est en lien avec des activités terroristes, pourquoi ne pas la placer immédiatement en garde à vue ou la présenter immédiatement devant un juge d'instruction afin que ses droits soient préservés ? Qu'est-ce qui justifie de passer par cette zone de non droit, cette retenue qui ne ressemble ni à une garde à vue ni à une détention provisoire, mais simplement à une période – car quatre heures, cela peut être très long ! – pendant laquelle un individu est sous l'emprise de personnes qui ne présentent aucune garantie d'indépendance et d'impartialité, et ce sans aucun contrôle.

Cette mesure entraîne une réelle marginalisation du juge d'instruction. En effet, il est possible de considérer qu'une privation de liberté aussi importante devrait être initiée et contrôlée par un magistrat du siège, seul garant de la liberté individuelle. D'ailleurs, même l'audition libre, qui a sûrement inspiré la durée de quatre heures prévue pour cette retenue<sup>29</sup>, est interdite lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner que la personne a commis ou tenté

26. Art. 18 du projet créant un article 78-3-1 du CPP.

27. Comme par exemple la notification des droits – ce qui est logique puisque la personne retenue ne semble avoir aucun droit pendant ces quatre heures.

28. Expression qui doit être distinguée de celle habituellement employée exigeant de relever des « raisons plausibles de soupçonner ».

29. Art. 62 du CPP.



de commettre une infraction, son placement en garde à vue étant alors obligatoire. Pourtant, pendant l'audition libre, qui est une mesure dépourvue de toute contrainte, la personne auditionnée conserve un certain nombre de droits, notamment celui d'être assistée par un avocat si l'infraction est un crime ou délit puni d'emprisonnement<sup>30</sup>, ce qui est le cas en matière de terrorisme. Alors comment justifier qu'une personne puisse être retenue, sans le contrôle d'un magistrat du siège, et sans avoir aucun droit, pendant une durée de quatre heures, alors qu'il existe des raisons sérieuses de penser qu'elle est en lien avec une activité terroriste<sup>31</sup>. Les inquiétudes paraissent encore plus légitimes lorsque l'on pense à la fragilité de notre législation au regard des exigences européennes de l'article 5 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui impose, pour justifier une privation de liberté, que la personne soit traduite devant un juge qui satisfait aux exigences d'impartialité et d'indépendance, ce qui n'est évidemment pas le cas du procureur de la République<sup>32</sup>, hiérarchiquement soumis au Ministre de la justice. On le voit, tout est donc fait pour retarder le plus possible la présentation d'une personne devant un juge d'instruction si bien que lorsque le dossier finit par arriver devant le juge d'instruction, il est orienté dans un sens bien particulier limitant considérablement la possibilité, pour ce dernier, d'instruire à charge et à décharge.

Il reste que l'état d'urgence entraîne un double dessaisissement de l'autorité judiciaire : si le parquet remplace aujourd'hui le juge du siège, plus inquiétante est la concurrence nouvelle entre l'administration et l'autorité judiciaire.

## **II. État d'urgence et dessaisissement de l'autorité judiciaire au profit de l'administration**

Alors que la multiplication des mesures exceptionnelles devrait, dans un État de droit, s'accompagner d'un renforcement du contrôle de l'autorité judiciaire afin de garantir la préservation des libertés individuelles, l'état d'urgence et l'objectif de lutte contre le terrorisme et/ou la criminalité organisée entraînent

---

30. Art. 61-1 du CPP.

31. Il faut arrêter de jouer sur les mots, s'il existe des raisons sérieuses de penser alors il devrait aussi exister des raisons plausibles de soupçonner...

32. Il est intéressant de noter que tout en validant la procédure de la garde à vue sous le seul contrôle du procureur de la République en lui reconnaissant donc la qualité d'autorité judiciaire, le Conseil constitutionnel exige l'intervention d'un juge du siège pour la prolongation de cette mesure au-delà de 48 heures (Cons. const., 11 août 1993, n° 93-326 DC, et, surtout : Cons. const., QPC, 30 juillet 2010, n° 2010-14/22, § 22). Comment peut-on soutenir que le parquet satisfait aux exigences d'indépendance et d'impartialité pendant les premières 48 heures et, en même temps, considérer qu'il ne présente plus les garanties nécessaires au-delà de ce délai ?

un dessaisissement de l'autorité judiciaire au profit de l'administration<sup>33</sup>. Cette confusion des rôles apparaît clairement dans l'une des lois « phare » de l'année 2015 intervenue à la suite des attentats de janvier 2015, c'est la loi sur le renseignement, et se concrétise davantage dans le projet de loi relative à la lutte contre le crime organisé qui est en cours de débat actuellement (A). Cette confusion ne passe évidemment pas sans conséquences sur la protection des libertés individuelles (B).

## A. La confusion des rôles

Il ne s'agit pas ici de remettre en cause l'impartialité du juge administratif qui a prouvé, à plusieurs reprises, son attachement aux libertés individuelles<sup>34</sup>. Il reste qu'il est légitime de s'interroger sur les rôles respectifs de l'autorité administrative et de l'autorité judiciaire.

En effet, il ne faut pas oublier que ces deux autorités n'interviennent ni au même moment ni pour les mêmes raisons. C'est ainsi que le juge administratif intervient *a posteriori* : il lui revient simplement de se prononcer sur la régularité d'une mesure qui a déjà été prise. Par exemple, s'il peut annuler une perquisition, ce n'est qu'après que celle-ci a été déjà effectuée, c'est-à-dire après que le mal a été produit et que l'atteinte aux libertés a été portée. Au contraire, le juge judiciaire intervient *a priori* : garant des libertés individuelles, il ordonne la mesure ou la contrôle pendant son déroulement. C'est à lui que revient la décision d'autoriser ou non une mesure coercitive en fonction de l'atteinte qu'elle comporte pour les libertés qu'il garantit. Il y a donc ici clairement une distinction à faire entre un juge qui a pour mission d'éviter qu'une atteinte soit portée aux libertés et un juge qui « répare » les dommages causés par une telle atteinte.

Par conséquent, « l'administrativisation » de la procédure<sup>35</sup> comporte un réel danger pour les libertés individuelles puisque les actes du pouvoir exécutif feront simplement l'objet d'un « contrôle » éventuel après la mise en œuvre de la mesure. Mais au-delà de l'importance qu'il faut accorder au moment de l'intervention de l'autorité judiciaire, c'est son champ de compétence qui devrait justifier qu'il soit fait exclusivement appel à elle lorsqu'il s'agit de défendre les libertés. Cette

---

33. Pourtant, l'interrogation du premier président de la Cour de cassation est plus que légitime : « Quelles défaillances ou quels risques l'autorité judiciaire présente-t-elle qui justifieraient que l'État préfère l'éviter lorsqu'il s'agit de la défense des intérêts supérieurs ? », B. Louvel, Discours prononcé lors de la rentrée solennelle de la Cour de cassation, le 14 janvier 2016.

34. Par exemple, le Conseil d'État a eu le courage de suspendre une mesure d'assignation à résidence au motif que le Ministre de l'intérieur a porté une atteinte grave et manifestement illégale à la liberté d'aller et venir, CE ord. réf., 22 janvier 2016, n° 396116.

35. Voir : C. Ribeyre, « L'élargissement des mesures spéciales et dérogoires face à Daech », *in Daech et le droit*, Panthéon-Assas, 2016, p. 111.

compétence, on le sait, elle la tire de l'article 66 de la Constitution qui affirme clairement que l'autorité judiciaire est la gardienne de la liberté individuelle. Dès lors, à l'origine, fidèle à l'esprit de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958<sup>36</sup> mais aussi à la volonté des constituants de 1958 attachés à confier la protection des libertés individuelles à un juge indépendant de toute autre autorité de l'État, et malgré l'emploi du singulier<sup>37</sup> à l'article 66, le Conseil constitutionnel a eu l'occasion d'affirmer sa conception plurielle des libertés fondamentales. Par exemple, par une décision du 29 décembre 1983, il a considéré que les visites domiciliaires relevaient du cadre de la liberté individuelle et entraient dans le champ de compétence de la seule autorité judiciaire<sup>38</sup>. Ce n'est qu'à partir de 1998 que le Conseil constitutionnel va instaurer une sorte de partage des compétences entre le juge administratif et le juge judiciaire : désormais, l'autorité judiciaire ne détient une compétence exclusive que lorsque le principe selon lequel nul ne peut être arbitrairement détenu est en jeu. De ce fait, le Conseil constitutionnel restreint considérablement le champ de compétence de l'autorité judiciaire et consacre une répartition de compétence en matière de protection des libertés individuelles. Or ce partage est regrettable : « c'est l'effectivité même de la protection individuelle offerte aux personnes faisant l'objet d'une mesure privative de liberté qui est mise en échec dans de trop nombreux cas »<sup>39</sup>. D'ailleurs, les nouvelles mesures adoptées par la loi sur le renseignement ainsi que celles prévues dans le projet de loi sur le crime organisé constituent une nouvelle preuve des conséquences de ce partage de compétence sur les libertés.

## B. Les conséquences de la confusion

Cette confusion des rôles entre autorité administrative et autorité judiciaire se traduit par un affaiblissement de cette dernière au profit de cette première. Désormais, la loi attribue de plus en plus de pouvoirs à l'administration dans des domaines qui relevaient, jusque-là, exclusivement de la compétence de la police judiciaire ou alors du juge judiciaire. Par conséquent, la sécurité semble primer sur la protection des libertés individuelles, de toutes les libertés individuelles, notamment la liberté d'aller et de venir ou celle liée au respect de la vie privée.

36. Loi constitutionnelle du 3 juin 1958 portant dérogation transitoire aux dispositions de l'article 90 de la Constitution et prévoyant un référendum, *JO* 4 juin 1958, p. 5326.

37. Voir sur ce sujet : B. Louvel, « L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle ou des libertés individuelles ? », *Réflexions à l'occasion de la rencontre des premiers présidents de cour d'appel et de la Cour de cassation*.

[https://www.courdecassation.fr/publications\\_26/discours\\_publications\\_diverses\\_2039/discours\\_2202/premier\\_president\\_7084/gardienne\\_liberte\\_33544.html](https://www.courdecassation.fr/publications_26/discours_publications_diverses_2039/discours_2202/premier_president_7084/gardienne_liberte_33544.html)

38. Cons. const., 29 décembre 1983, n° 83-164 DC.

39. J.-F. Brisson, « Quel juge pour le droit à la sûreté ? », in *Le droit à la sûreté – état des lieux, état du droit*, Actes de la journée d'étude organisée le 29 avril 2011 par le CERDARE de l'Université Montesquieu-Bordeaux IV, Cujas, p. 138.

Malheureusement, l'état d'urgence devenant la règle, les mesures exceptionnelles font aujourd'hui partie intégrante de notre « droit commun ». Ces règles se trouvent principalement au sein du code de la sécurité intérieure – et non dans le code de procédure pénale, ce qui n'est pas anodin... Par exemple, est facilité l'accès de l'administration aux données de connexion<sup>40</sup> – y compris aux boîtes noires algorithmiques<sup>41</sup> – ainsi que leur recueil<sup>42</sup> par celle-ci. De la même manière, les services de renseignement peuvent recueillir, grâce au procédé dit de l'« IMSI-catcher », les « données techniques de connexion permettant l'identification d'un équipement terminal ou du numéro d'abonnement de son utilisation ainsi que les données relatives à la localisation des équipements terminaux »<sup>43</sup>. Le risque de la multiplication de ces mesures de surveillance est évident : au nom de la prévention et du risque zéro, la loi sacrifie notre État de droit. Plus personne n'échappe à la surveillance, les moyens mis en place permettant facilement à l'administration de récolter des données de personnes complètement étrangères à tout réseau terroriste. Le bilan est d'ailleurs d'autant plus inquiétant que la loi sur le renseignement permet à l'administration de procéder, sans l'intervention de l'autorité judiciaire, à des sonorisations et des captations d'images dans les lieux privés, mais aussi à la localisation par le moyen d'un traqueur GPS des personnes ou des véhicules – autant de mesures qui peuvent, en plus, être étendues à une personne appartenant à « l'entourage » de la personne concernée<sup>44</sup>. Et comme si toutes ces mesures ne suffisaient pas, la loi du 20 novembre 2015 accorde, au nom de l'état d'urgence et de la « guerre » contre Daech, davantage de moyens au pouvoir exécutif avec les procédures d'assignation à résidence à l'égard d'une personne contre laquelle il existe « des raisons sérieuses de penser » que son comportement constitue une menace pour la sécurité<sup>45</sup>. Ces mesures doivent être mises en parallèle avec celles prévues par la loi du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme et qui permettent à l'administration d'interdire à une personne de quitter le territoire français lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser qu'elle projette des déplacements à l'étranger afin de participer à des activités terroristes et qu'elle projette de se rendre sur un théâtre d'opérations de groupements terroristes<sup>46</sup>. Mais l'administration pourrait, en plus, contrôler le retour sur le territoire français. C'est ainsi que le projet de loi sur le crime organisé soumet à un contrôle administratif toute personne qui a quitté le territoire afin de participer à des activités terroristes ou afin de

40. Art. L. 851-1 CSI.

41. Art. L. 851-3 CSI.

42. Art. L. 851-2 CSI.

43. Art. L. 851-6 CSI.

44. Art. L. 852-1 du CSI.

45. L'ancien article 6 de la loi du 3 avril 1955 relatif à l'état d'urgence faisait référence, quant à lui, à une personne « dont l'activité s'avère dangereuse pour la sécurité et l'ordre publics ».

46. Art. L. 224-1 du CSI.

se rendre ou de tenter de se rendre sur un théâtre d'opérations de groupements terroristes<sup>47</sup>. Ce même article prévoit également des hypothèses d'assignation à résidence à l'encontre de ces personnes qui retournent sur le territoire français, mesure pouvant ainsi être prise sans aucun lien avec un état d'urgence quelconque et sans le contrôle de l'autorité judiciaire... En outre, l'administration peut, au nom de l'état d'urgence, procéder de plus en plus facilement à des perquisitions « en tout lieu, y compris un domicile, de jour et de nuit (...) lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser que ce lieu est fréquenté par une personne dont le comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics »<sup>48</sup>. Le Conseil constitutionnel a validé ce dispositif en considérant que les perquisitions administratives « n'ont pas à être placées sous la direction et le contrôle de l'autorité judiciaire »<sup>49</sup>.

Mais, plutôt que de lister ces mesures, il convient de les mettre en parallèle avec celles qui existent déjà en matière pénale, afin de montrer les conséquences de ce partage de compétence entre autorité judiciaire, police judiciaire et autorité administrative. Certes, le Conseil constitutionnel a déjà eu l'occasion, à plusieurs reprises, de délimiter le champ de compétence de la police judiciaire et de la police administrative. Il l'a d'ailleurs fait récemment à l'occasion de l'examen d'une QPC relative aux assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence. Il prend alors la peine de préciser qu'une mesure de police administrative ne peut « avoir d'autre but que de préserver l'ordre public et de prévenir les infractions »<sup>50</sup>. C'est la même argumentation qu'il avait adoptée dans l'examen de la loi sur le renseignement en estimant que les mesures de recueil de renseignement ne peuvent être mises en œuvre « pour constater des infractions à la loi pénale, en rassembler les preuves ou en rechercher les auteurs »<sup>51</sup>. Pourtant, cette distinction n'est que d'apparence facile, tellement il est malaisé d'opérer une différence entre une mesure relevant de la police administrative et une mesure relevant de la police judiciaire. Cette difficulté est accentuée par le développement des infractions de prévention et, notamment, de celles ayant pour objectif de réprimer les seuls actes préparatoires. Par exemple, l'article 421-2-6 du code pénal issu de la loi du 13 novembre

47. Art. 20 du projet à l'origine d'un article L. 225-1 du CSI.

48. Art. 11-I 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, *JO* n° 0270 du 21 novembre 2015, p. 21665. En revanche, ces perquisitions administratives ne peuvent avoir lieu dans les lieux affectés à l'exercice d'un mandat parlementaire ou à l'activité professionnelle des avocats, des magistrats ou des journalistes. En outre, si la loi permet désormais d'accéder, à l'occasion de ces perquisitions, aux données à caractère informatique, le Conseil constitutionnel a récemment censuré la possibilité que le même article accordait à l'administration de copier ces données (V. Cons. const., QPC, 19 février 2016, n° 2016-536).

49. Cons. const., QPC, 19 février 2016, n° 2016-536, consid. n° 4.

50. Cons. const., QPC, 22 décembre 2015, n° 2015-527.

51. Cons. const. 23 juillet 2015, n° 2015-713 DC, *JCP G* 2015, doct. 981, étude M. Verpeaux.

2014 permet de réprimer le comportement d'une personne qui se contente de « rechercher » un objet de nature à créer un danger pour autrui et de « recueillir des renseignements sur des lieux ou des personnes ». Si la police judiciaire est sans aucun doute compétente – il s'agit de poursuivre une personne soupçonnée d'avoir commis une infraction pénale –, il n'en demeure pas moins que la police administrative peut, à son tour, invoquer sa compétence dans la mesure où aucun acte matériel n'est réellement réalisé, et aucune atteinte effective à l'ordre public ne s'est encore produite, le texte tendant simplement à prévenir un risque – or qui dit risque dit police administrative. Pourtant, comme le précise un auteur, « l'enjeu est majeur dans la mesure où les mesures de police administrative échappent aux garanties imposées à une procédure judiciaire et, pour cette raison, ne peuvent être utilisées comme preuve de la commission d'une infraction »<sup>52</sup>.

Cela est d'autant plus vrai qu'outre le problème relatif au concours de compétence, se pose une difficulté relative au « destin » des renseignements recueillis par l'administration et, plus particulièrement, au « basculement » du cadre de la police administrative à celui de l'enquête policière. Si le Conseil constitutionnel précise que le recueil de renseignement ne peut avoir pour objectif de constater une infraction, de rassembler des preuves ou de rechercher son auteur, que faire lorsqu'une infraction est découverte à la suite d'une mesure de sonorisation ou encore d'une perquisition administrative<sup>53</sup> ? Comment l'administration est-elle censée « passer la main » à un magistrat du parquet ou du siège ? Quelle est la valeur des preuves rassemblées par l'administration au cours de ces mesures administratives<sup>54</sup> ? Peuvent-elles suffire pour ouvrir une enquête policière ? Plus généralement, « tout ne concourt-il pas à faire de Matignon et du Premier ministre respectivement le siège de l'autorité de la poursuite en matière de terrorisme ? »<sup>55</sup>.

Beaucoup d'interrogations, peu de réponses, beaucoup d'inquiétudes, peu de garanties, beaucoup de mesures d'urgence, peu de droit(s), voilà la conclusion à laquelle on peut arriver à travers l'étude de l'état d'urgence et l'autorité judiciaire. Pourtant, la solution s'impose et semble plutôt simple, à condition que l'on manifeste un minimum d'attachement à un État de droit : il faut rendre à César ce qui est à César. Seule l'autorité judiciaire est à même de garantir les libertés individuelles, si bien qu'il est indispensable, d'une part, de faire de nouveau confiance au juge du siège, et notamment au juge d'instruction, qui est le seul juge indépendant et impartial menant une information à charge et à décharge et,

52. R. Parizot, « Surveiller et prévenir... à quel prix ? Loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement », *JCP G* 2015, doct. 1077.

53. Un auteur évoque les « renseignements incidents de commission d'une infraction », F. Fourment, « La loi "Renseignement" – le renseignement incident de commission d'une infraction et l'autorité judiciaire », *Gaz. Pal.* 2016, n° 4, p. 75.

54. Le Conseil constitutionnel accentue la dérive lorsqu'il évoque, à l'occasion d'une QPC, que les mesures de police administrative n'ont « aucune conséquence en cas de poursuites pénales », Cons. const., QPC, 2 mars 2016, n° 2015-524.

55. F. Fourment, préc.

d'autre part, de confier à la seule autorité judiciaire le rôle de garant des libertés individuelles, de toutes les libertés individuelles. Mais, encore une fois, tout cela suppose que l'on retourne à l'esprit même d'un État de droit, celui dans lequel on équilibre la liberté et la sécurité plutôt que de les opposer, celui dans lequel les lois d'exception interviennent pour garantir que les mesures d'urgence ne portent pas une atteinte injustifiée aux libertés fondamentales, bref, un État qui ne ressemble plus vraiment à celui dans lequel nous vivons aujourd'hui...

### **Annexe**

#### **Propos du premier président de la Cour de cassation sur la constitutionnalisation de l'état d'urgence**

*Audition sur le projet de loi constitutionnelle n° 395 (2015-2016), de protection de la Nation, adopté en première lecture par l'Assemblée nationale et transmis au Sénat le 10 février 2016, de M. Bertrand Louvel, premier président de la Cour de cassation, le 1<sup>er</sup> mars 2016, par la commission des lois constitutionnelles, de la législation, du suffrage universel, du règlement et de l'administration générale du Sénat*

**M. Philippe Bas, président.** – Monsieur le premier président, nous souhaitons vous entendre, avant de délibérer sur le projet de loi constitutionnelle, sur la protection des libertés individuelles, puisque le texte constitutionnalise l'état d'urgence, et sur la déchéance de nationalité, au cœur des attributs de la citoyenneté et de l'identité.

Cet échange utile ne vous amènera pas sur le terrain de la discussion du projet de loi constitutionnelle – vous êtes soucieux de la séparation des pouvoirs, nous aussi.

**M. Bertrand Louvel, premier président de la Cour de cassation.** – Je suis honoré de votre invitation. Je ne me prononcerai bien sûr pas sur l'opportunité d'inscrire dans la Constitution l'état d'urgence et la déchéance de nationalité, qui ne justifie pas l'expression publique du premier président de la Cour de cassation.

En revanche, il me revient d'aborder les incidences d'ordre juridictionnel de l'article 1<sup>er</sup> du projet de loi constitutionnelle dans le contexte de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. En effet, celle-ci, si le pouvoir constituant l'approuve, continuera de s'imposer au législateur ordinaire appelé à fixer les mesures de police administrative pouvant être prises pendant l'état d'urgence. À cet égard, la conférence des premiers présidents des cours judiciaires, réunie le 1<sup>er</sup> février à la Cour de cassation, a constaté l'affaiblissement du rôle constitutionnel de l'autorité judiciaire en tant que gardienne de la liberté individuelle et a émis le vœu que le constituant la reconnaisse effectivement comme le garant de cette liberté dans toutes ses composantes, au-delà de la seule protection contre la détention arbitraire.

En 1958, deux textes s'appuient et s'éclairent réciproquement : la loi constitutionnelle du 3 juin 1958, signée par le général de Gaulle, qui encadre la rédaction

de la nouvelle Constitution selon, notamment, le principe suivant : « L'autorité judiciaire doit demeurer indépendante pour être à même d'assurer le respect des libertés essentielles telles qu'elles sont définies par le Préambule de la Constitution de 1946 et par la Déclaration des droits de l'homme à laquelle il se réfère » ; la Constitution du 4 octobre 1958, qui applique cette prescription en affirmant dès ses premiers mots sa conformité à la loi constitutionnelle du 3 juin, proclame à l'article 64 l'indépendance de la magistrature et, à l'article 66, fait de l'autorité judiciaire la gardienne de la liberté individuelle.

L'étude des travaux préparatoires de l'été 1958 montre que l'attribution de la garde des libertés à l'autorité judiciaire par la loi du 3 juin 1958 n'est pas discutée. La rédaction tendant à inclure les juridictions administratives dans l'autorité judiciaire n'est pas retenue, et Michel Debré résume : « La magistrature de droit commun est celle dont la Constitution doit se préoccuper car c'est elle qui assure le règlement des litiges, en particulier et fondamentalement la procédure pénale ».

La garde de la liberté individuelle, au sens pluriel que lui donne la loi du 3 juin, est donc finalement confiée à l'ordre judiciaire seul. Le général de Gaulle le confirme dans son discours de présentation du projet de Constitution, le 4 septembre, place de la République, indiquant qu'il a été fait en sorte que « l'autorité judiciaire soit assurée d'indépendance et puisse ainsi rester la garante des libertés de chacun ». Il traduit exactement le lien entre l'indépendance du juge et les libertés plurielles confiées à sa garde.

Pendant quarante ans, le Conseil constitutionnel n'a pas touché à cette architecture. Il a rattaché à la liberté individuelle celle d'aller et venir, l'intimité de la vie privée, l'inviolabilité du domicile et la liberté du mariage.

À partir de 1998, adoptant la démarche d'un arrêt précurseur du Conseil d'État de 1987, le Conseil constitutionnel tire conséquence du singulier dans l'expression « liberté individuelle », opérant une subtile distinction entre la protection contre la détention arbitraire, exclusivement rattachée à l'article 66 de la Constitution et au monopole de l'autorité judiciaire, et les autres composantes de la liberté individuelle, reliées à la seule Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et détachées du monopole judiciaire. Pourtant, précisément, la loi constitutionnelle du 3 juin reliait expressément la Déclaration des droits de l'homme à la compétence judiciaire.

Dans sa décision du 19 février 2016 relative aux perquisitions administratives, le Conseil constitutionnel énonce que ces mesures « n'ont pas à être placées sous la direction et le contrôle de l'autorité judiciaire ». On constate le repli par rapport à l'intention du constituant de 1958. À l'occasion de l'adoption de la loi sur l'état d'urgence, cette interprétation a permis que les mesures de perquisitions de jour et de nuit, d'assignations à résidence et d'astreintes à domicile soient soumises au contrôle du seul juge administratif.

Au-delà de l'état d'urgence, on s'interroge sur la portée de la décision du 19 février dernier. Ne comporte-t-elle pas en germe la compétence du juge



administratif pour autoriser une saisie non pénale, au cours d'une perquisition elle-même non subordonnée à autorisation judiciaire préalable ? Cela pourrait remettre en cause toute la jurisprudence antérieure du Conseil constitutionnel, qui avait consacré la compétence judiciaire pour autoriser des saisies à la demande d'autorités administratives, en raison du caractère intrusif de ces mesures...

Mon propos n'est pas de critiquer l'ordre administratif en tant que défenseur des libertés. Ce débat existe, en raison du double rôle du juge administratif dans l'organisation de l'État, conseil et juge, et de la finalité de sa mission orientée vers la primauté de l'intérêt général. Ce n'est pas mon débat. Le Conseil d'État a risqué courageusement son existence en 1962 en rendant l'arrêt *Canal...*

**M. René Vandierendonck.** – Il est bienvenu de le dire !

**M. Bertrand Louvel.** – Néanmoins, je soutiens la reconstitution d'un bloc de compétence en matière de liberté individuelle, entre les mains du juge judiciaire.

La première raison tient à la cohérence constitutionnelle. La volonté du constituant de 1958 était parfaitement nette. L'indépendance du juge judiciaire lui est constitutionnellement reconnue pour assurer la garde des libertés. C'est cette fonction qui légitime son indépendance. Il n'est pas question à ce jour de limiter l'indépendance de l'autorité judiciaire, bien au contraire. Les projets constitutionnels vont dans le sens du renforcement de cette indépendance – je songe aux dispositions concernant le Conseil supérieur de la magistrature. Et c'est un mouvement général en Europe. Mais ne distancie-t-on pas l'autorité judiciaire de son assise, de sa spécificité, pour la rapprocher du profil d'une autorité administrative indépendante – ce que suggère la jurisprudence du Conseil d'État concernant le contrôle des actes du Conseil supérieur de la magistrature ?

Le système juridictionnel français a profondément évolué au regard de ce qu'envisageait le constituant de 1958. Le juge constitutionnel est devenu le défenseur en première ligne des droits fondamentaux garantis par la Constitution. C'est lui qui définit le contenu des droits fondamentaux et qui contrôle la conformité des lois à ce contenu, et la question prioritaire de constitutionnalité est venue consacrer sa légitimité dans ce domaine.

En ce qui concerne la protection juridictionnelle des droits individuels dans les affaires particulières, l'opportunité d'effectuer un choix clarificateur s'offre au pouvoir constituant à l'occasion de la réforme constitutionnelle en cours : soit ratifier l'évolution jurisprudentielle qui partage la garde de la liberté individuelle entre deux ordres juridictionnels, soit revenir aux sources de la V<sup>e</sup> République.

La deuxième raison tient à la logique de l'état d'urgence. Le juge judiciaire est garant des libertés en période de paix civile. La période de crise justifie une législation spéciale afin que les services administratifs agissent plus rapidement dans leur lutte contre les menaces qui pèsent sur l'ordre public. Or, c'est précisément quand la vigilance du juge naturel des libertés doit être particulièrement en éveil que l'on s'affranchit de son contrôle ! Ne se produit-il pas ici une rupture de

logique ? L'intervention du juge judiciaire dans le mécanisme de l'état d'urgence est juridiquement compatible avec les pouvoirs d'action d'office imposés par les circonstances. On comprend que la loi, conformément à la possibilité ouverte par l'article 66 de la Constitution, déroge au régime ordinaire de l'autorisation judiciaire a priori. Cela ne justifie pas pour autant que le contrôle du juge judiciaire sur cette action ne puisse s'exercer a posteriori avec toute sa vigilance. Le juge judiciaire en a la pratique, à travers les multiples techniques restrictives des libertés que comportent le droit pénal et la procédure pénale, mais aussi à travers le référé civil. Ce sont ce savoir-faire et cette expérience éprouvée dont il n'est pas logique de se priver au moment même où l'on en a le plus besoin.

La troisième raison de la constitution d'un bloc de compétence judiciaire en matière de libertés tient aux difficultés juridiques qui résulteront de la double compétence juridictionnelle, dans les hypothèses où la phase administrative des mesures de l'état d'urgence évoluera en phase judiciaire, en cas de mise en évidence d'un crime ou d'un délit commis ou en préparation.

Beaucoup de renseignements peuvent être traités dès l'origine sur un plan administratif ou judiciaire, grâce au champ large de certaines infractions, comme l'association de malfaiteurs ou l'apologie du terrorisme, mais le traitement judiciaire devient incontournable à partir d'un certain degré d'indices ou de soupçons. Nous sommes alors en présence d'une succession d'actes relevant de la police administrative et donc normalement du contrôle du juge administratif, puis de la police judiciaire, relevant du juge judiciaire. Ce dernier devient-il alors compétent pour apprécier la régularité de l'ensemble, y compris la phase administrative ? Peut-il utiliser dans la procédure judiciaire des éléments recueillis dans la phase administrative ? A-t-il compétence pour réparer les dommages causés au cours de la perquisition administrative ? Ou bien chaque juge dans chacun des deux ordres conserve-t-il sa compétence et son exclusivité au nom de la séparation des pouvoirs ? En l'état, la loi et la jurisprudence entretiennent sur le sujet un débat très complexe.

Comme de nombreuses situations sont susceptibles d'être concernées par cette problématique, la constitution d'un bloc de compétence, selon une technique législative désormais habituelle, résoudrait aisément la difficulté. Cela a été le cas pour la rétention des étrangers. Les difficultés pratiques considérables connues pendant des années ont été résolues par la désignation d'un juge unique. Pourquoi ne pas en décider ainsi pour l'état d'urgence ?

La quatrième raison, qui n'est pas la moindre, tient à la lisibilité, à la simplification du dispositif juridictionnel pour nos concitoyens. La justice est rendue au nom du peuple français. Son fonctionnement doit donc lui être accessible, intellectuellement aussi bien que matériellement. Nous répondons, juges et législateurs, de la clarté du droit et des procédures. La délibération des premiers présidents que j'évoquais a attiré l'attention sur la complexité de notre organisation juridictionnelle pour nos concitoyens. L'idée qu'il puisse y avoir dualité de juges pour intervenir dans le contrôle de perquisitions ou de saisies introduit dans

l'opinion publique des interrogations légitimes, qu'un bloc de compétence dissiperait. Comment comprendre qu'il existe deux ordres juridictionnels distincts pour remplir la même fonction de protecteur des libertés, avec les mêmes garanties d'indépendance et d'impartialité ? Tout esprit rationnel est fondé à s'interroger. La confusion des genres et des rôles ne peut qu'interroger la permanence de ce système dualiste.

Je suis favorable à un retour à la logique institutionnelle d'origine de la V<sup>e</sup> République et à ce que le concept de liberté individuelle de l'article 66 de la Constitution soit précisé, de façon à éclairer la compétence du juge qui sera appelé à intervenir pour l'application du nouvel article 36-1 relatif à l'état d'urgence.

**M. Philippe Bas, président.** – Le rôle de l'administration d'agir et de juger est enraciné dans notre tradition depuis la Révolution française. Il ne date pas de la V<sup>e</sup> République. La décision d'un préfet est examinée par la juridiction administrative alors même qu'elle peut avoir un impact sur l'exercice des libertés.

Cette réflexion ne prive pas pour autant d'intérêt votre idée d'encourager à une évolution. Le Sénat se reconnaît une vocation d'institution protectrice des libertés individuelles. Nous avons toujours, et encore tout récemment, à l'occasion de la loi sur le renseignement ou de la prorogation de l'état d'urgence, veillé à préserver l'intervention du juge judiciaire, et même son monopole. Aller plus loin suscitera nécessairement le débat entre nous.

**M. René Vandierendonck.** – Je suis très sensible à votre présence ici et à la clarté, j'ose même dire la force tranquille, de votre exposé.

Sénateur depuis très peu de temps, j'ai un simple commentaire à formuler : si l'on parlait de défense nationale, tous les dignitaires du Sénat batailleraient en faveur d'un investissement pluriannuel qui la renforce. L'autorité judiciaire manque de capacité à mobiliser de tels investissements.

Ayons un objectif pragmatique et essayons de nous aligner sur le standard européen. La sécurisation du statut du parquet n'a jamais passé l'obstacle de la révision constitutionnelle. Étrange ! Il serait à mon sens prioritaire de régler cette question.

Je suis en revanche moins en accord avec vous quant à un retour à la plénitude de compétence du juge judiciaire sur les libertés individuelles.

**M. Alain Richard.** – Le propos du premier président de la Cour de cassation, public et ouvert à la mémoire, marquera. Il me paraît aller loin dans la remise en cause de notre ordre juridique. La loi de 1790 a consacré la séparation de l'administratif et du judiciaire. Monsieur le premier président, si l'on suit votre raisonnement, énoncé avec talent, il faudra fixer une autre limite... Vous ne dites pas laquelle.

Les fondements de votre prise de position sont fragiles. Vous présentez la rédaction de l'article 66 comme un accident, une inadvertance, en feignant de considérer que le pouvoir constituant était l'Assemblée nationale quand elle a voté la loi de délégation des pouvoirs constituants – dans l'ambiance que chacun a en mémoire... Les libertés individuelles sont certes mentionnées dans la loi d'habilitation, mais tirer de trois mots de cette loi une volonté du pouvoir

constituant est fragile en droit. La rédaction de l'article 66, finalement au singulier – « la liberté individuelle » –, ne doit rien au hasard.

Vous englobez plusieurs concepts différents : la liberté individuelle, celle d'aller et venir et ses compléments ; les libertés publiques, consubstantielles à l'existence du juge administratif ; et la protection des droits – droit à un procès équitable par exemple.

Soulever à nouveau ce débat est judicieux. Le Conseil constitutionnel a dressé une limite entre les mesures privatives de liberté, compétence de l'autorité judiciaire, et les mesures restrictives de liberté, relevant des libertés publiques, donc du pouvoir de la police et de l'administration, sous le contrôle du juge administratif. Il ne s'agit pas d'une spécificité française. Cela se retrouve dans un grand nombre de pays d'Europe, et ailleurs.

Quelles sont les conséquences ultimes de votre raisonnement ? Quels actes doivent être soustraits du pouvoir du juge administratif ? Où se situerait la nouvelle limite ? Le raisonnement que vous défendez est extensible à tous les actes de police administrative.

**M. Jacques Mézard.** – Je ne tire pas de votre propos, monsieur le premier président, les mêmes conclusions que M. Richard. Je ne suis ni conseiller d'État, je n'ai jamais cherché à l'être, ni magistrat judiciaire. Votre exposé a le mérite de poser des questions fondamentales. Le Sénat, défenseur des libertés, est témoin d'évolutions législatives qui posent de plus en plus problème. Je l'ai évoqué lors de l'examen de la loi relative au renseignement.

Il existera toujours des débats sur l'interprétation de la Constitution de 1958. Mais la réalité est que, après la loi constitutionnelle du 3 juin 1958, pratiquement rien n'a bougé pendant quarante ans. On peut donc penser que certaines interprétations récentes ne sont pas conformes à l'esprit initial des constituants.

Personne ne remet en cause la séparation des pouvoirs. Mais le législateur adopte des projets de loi gouvernementaux qui donnent au juge administratif le contrôle essentiel des libertés individuelles : cela pose un problème de fond. On constate en outre une complexification évidente, qui est une mauvaise chose. Il est temps de mettre fin à cette évolution ou, au moins, de ne pas persévérer dans cette voie. Les dispositions proposées par le Gouvernement devraient poser question à ceux qui, dans les années 2010, jugeaient scandaleuse une rétention de quatre heures... S'ils ont oublié leurs propos de l'époque, je me ferai un plaisir de les leur rappeler dans le débat public.

**M. Jean-Yves Leconte.** – L'énonciation de principes généraux était beaucoup plus simple en 1958, sans contrôle de constitutionnalité systématique. Maintenant, la promulgation de la loi ne signe pas la fin du contrôle de constitutionnalité. N'est-ce pas ce qui explique le glissement de l'interprétation du Conseil constitutionnel concernant l'article 66 ?

La rédaction actuelle de l'article 2 du projet de loi de révision constitutionnelle autorise-t-elle à considérer la déchéance de nationalité comme une peine

complémentaire, et non comme une décision administrative ? Pose-t-elle des difficultés quant au respect des conventions et du droit européen ?

**M. Michel Mercier.** – Je mesure le péril à entrer dans cette discussion passionnante. Elle sera plus pertinente lors de la discussion du projet de loi réformant la procédure pénale.

Monsieur le premier président, vous avez rappelé le glorieux arrêt *Canal* du Conseil d'État. Vous auriez aussi pu citer le premier président Touffait qui a admonesté et chassé du palais ceux qui n'avaient rien à y faire, pour garantir l'indépendance de la justice judiciaire. Actuellement, la distinction entre l'administratif et le judiciaire n'est pas aussi tranchée qu'on le dit. L'article 111-5 du code pénal autorise le juge pénal à se prononcer sur la légalité de mesures prises dans le cadre d'une opération administrative. Le juge judiciaire n'a pas défense absolue de se préoccuper de mesures administratives.

Le considérant de la dernière décision du Conseil constitutionnel relatif aux saisies montre une évolution. À nous de voir quelles garanties mettre en place pour que ces saisies soient légales.

Il restera deux ordres de juridiction, et tant mieux pour les libertés, si chacun joue son rôle. L'article 66, c'est l'habeas corpus. Je suis sensible à l'argumentation de notre collègue Alain Richard, mais il a fait attention à ne pas évoquer les travaux préparatoires, qui expliquent la volonté du constituant et montrent une interprétation de l'article 66 plus large qu'actuellement.

C'est à nous, constituant, de fixer les règles, y compris dans la loi de procédure pénale. La liberté individuelle est déjà un champ assez large. Sans révolution, le Parlement doit parler et dire les choses. Les juges judiciaires prennent rarement la parole. Quand ils le font, on ne peut pas ne pas l'entendre. Au constituant de trancher. S'il laisse subsister le flou, il s'en remet au Conseil constitutionnel.

La rétention de quatre heures est-elle une mesure privative de liberté, une peine ou une mesure anodine ? Les temps changent et il est normal d'évoluer, mais les mesures doivent être qualifiées.

Monsieur le premier président, votre exposé était passionnant, mais vous n'avez rien proposé comme mesure précise à laquelle nous puissions répondre.

**M. Jean-Pierre Sueur.** – À Orléans, où j'habite, un attentat a été déjoué, deux personnes interpellées. Des autorités administratives, la presse, et d'autres, en ont conclu que l'état d'urgence était très utile. Or ces interpellations sont dues à une enquête longue et minutieuse du parquet anti-terroriste, qui n'a rien à voir avec l'état d'urgence. Je le dis pour répondre à ceux qui pensent que l'état d'urgence serait l'alpha et l'omega.

J'ai beaucoup d'intérêt intellectuel pour votre discours, mais une question reste posée : si vous souhaitez changer la répartition entre judiciaire et administratif, il faut dire où et comment situer la limite.

**M. Philippe Bas, président.** – Nos collègues délivrent leurs convictions argumentées, menant à une question sous-jacente : puisque vous prenez une position publique, de quelle manière suggérez-vous de redécouper les compétences ?

**M. Bertrand Louvel, premier président de la Cour de cassation.** – Une anecdote : un mot du projet de loi constitutionnelle de juin 1958 n'a pas franchi la barrière de la commission des lois de l'Assemblée nationale de l'époque, celui de « pouvoir » judiciaire. M. Teitgen s'y était opposé, dénonçant le risque de gouvernement des juges, qui se seraient saisis du contrôle de constitutionnalité. Avec le terme « autorité », les députés ont maintenu le rôle de gardien des libertés.

Quelle proposition faisons-nous ? Ma réponse est simple : ajouter trois « s » supplémentaires au deuxième alinéa de l'article 66 pour écrire « les libertés individuelles ». Vous rétabliriez l'esprit de 1958 et la jurisprudence du Conseil constitutionnel pendant quarante ans, en restaurant la liberté individuelle dans toutes ses composantes : le droit de ne pas être détenu arbitrairement, le secret de la correspondance, l'inviolabilité du domicile et la liberté d'aller et de venir. Ce sont les libertés qu'un individu peut exercer seul, sans rapport à la société, à la différence des libertés collectives, exercées ensemble, liberté d'expression, de culte, de réunion ou de manifestation.

Je n'ai nullement demandé une remise en cause de la séparation des pouvoirs, mais la création d'un bloc de compétence au profit du juge le plus qualifié pour cela, comme pour le droit des étrangers.

**M. Philippe Bas, président.** – Merci de la clarté et de la fermeté de votre exposé stimulant.