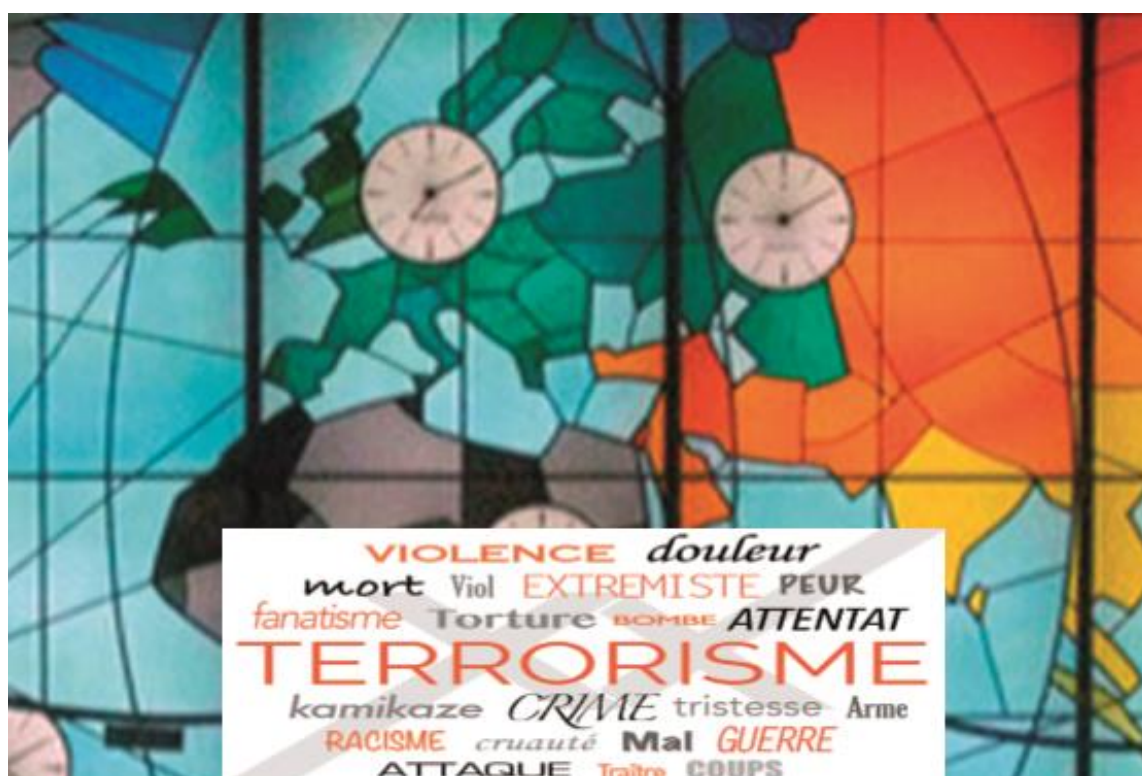


Les colloques de l'ISCJ

n° 1 – juin 2017

Les politiques criminelles antiterroristes en Europe

Direction scientifique :
Amane GOGORZA et Marion LACAZE,
Maîtres de conférences à l'Université de Bordeaux



Institut de Sciences Criminelles et de la Justice
Université de Bordeaux



Faculté
Droit et science
politique

Université
de BORDEAUX

La dualité juridictionnelle française, instrument de la lutte contre le terrorisme

Marion LACAZE

Maître de conférences en droit privé,
Université de Bordeaux, ISJC – EA 4633

1. Pour le Conseil constitutionnel, « la conception française de la séparation des pouvoirs [impose de consacrer] au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République celui selon lequel, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises (...) par les autorités exerçant le pouvoir exécutif² ». Le dualisme juridictionnel est alors profondément ancré dans le paysage juridique français, malgré les débats doctrinaux récurrents autour de sa pertinence³. Institué pour soustraire l'administration au contrôle de l'autorité judiciaire, l'ordre administratif a cependant, dans son histoire, su faire montre d'une indépendance certaine à l'égard du pouvoir exécutif. Désormais consacrée par la loi⁴, cette indépendance est reconnue par le Conseil constitutionnel⁵ et par la Cour européenne des Droits de l'Homme, qui accorde à la juridiction administrative la qualité de tribunal indépendant et impartial au sens de la Convention européenne⁶... ce qui n'est pas le cas des magistrats judiciaires du parquet⁷. Il reste cependant que le Conseil d'Etat comporte toujours en son sein des membres nommés « au tour extérieur » par le pouvoir exécutif⁸, et qu'il a la particularité d'être à la fois la juridiction contentieuse supérieure de l'ordre administratif et un organe consultatif⁹. Mais même si les critiques qui pouvaient être formulées à l'égard de la juridiction administrative apparaissent aujourd'hui comme plus relatives¹⁰, la période actuelle est marquée par de nouveaux débats.

¹ Le texte ici publié est une version actualisée et enrichie de la communication orale présentée lors du colloque du 12 mai 2016. Il intègre les lois et décisions intervenues depuis cette date et des développements relatifs à l'état d'urgence, qui avaient été écartés en raison du temps limité des interventions et de l'abandon annoncé des perquisitions administratives dans ce qui devait être, à l'époque, la dernière loi de prolongation de l'état d'urgence (loi n° 2016-629 du 20 mai 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence). A la suite des attaques de juillet 2016, l'état d'urgence a finalement été de nouveau prolongé, jusqu'au 15 juillet 2017, par les lois n° 2016-987 du 21 juillet 2016 et n°2016-1767 du 19 décembre 2016. A l'heure où nous écrivons ces lignes, une nouvelle prolongation a d'ores et déjà été annoncée jusqu'au 1^{er} novembre 2017.

Je tiens à remercier Thomas HERRAN pour les nombreux échanges informels que nous avons eus ces derniers mois et qui ont largement contribué aux réflexions ici présentées.

² Décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, *Conseil de la concurrence*.

³ V. not. S. PLATON, « L'argument de droit comparé dans les débats relatifs à la dualité de juridictions », in *L'argument de droit comparé en droit administratif français*, F. MELLERAY (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 337-353.

⁴ Loi n°86-14 du 6 janvier 1986 fixant les règles garantissant l'indépendance des membres des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel.

⁵ Décision n°80-119 DC du 22/07/1980.

⁶ V. not., sur le fondement de l'art. 6§1, CEDH, 9 novembre 2006, n°65411/01, *Sacilor Lormines c/ France*. V. ég. CEDH, 15 septembre 2009, n°11396/08, *Etienne c/ France* et CEDH, 4 juin 2013, n° 54984/09, *Marc-Antoine c. France*, note J.-Ph. FERREIRA, *JADE*, s'agissant de la présence du Rapporteur public.

⁷ V. sur le fondement de l'art. 5§3 : CEDH, gr. ch., 29 mars 2010, n°3394/03, *Medvedyev et autres c/ France* et CEDH, 23 novembre 2010, n°37104/06, *Moulin c/ France*.

⁸ Art. L. 133-7 et L.133-8 du code de justice administrative.

⁹ Cela avait pu conduire au constat d'une violation de l'art. 6§1 de la Convention ; v. CEDH, gr. ch., 12 avril 2006, n°58675/00, *Martinie c/ France*. L'art. R. 122-21-1 du Code de justice administrative prévoit désormais l'incompatibilité des fonctions consultatives et juridictionnelles d'un même magistrat sur un même texte.

¹⁰ V. not. B. LOUVEL, « L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle ou des libertés individuelles ? », 2 février 2016.

2. Comme le président Louvel de la Cour de cassation s'en est publiquement ému¹¹, les dernières lois adoptées en matière de terrorisme semblent en effet révéler une certaine défiance du législateur à l'égard du juge judiciaire. Le juge pénal se trouve aujourd'hui, en effet, fortement concurrencé par le juge administratif du fait de la multiplication des mesures de police administrative destinées à lutter contre le terrorisme. Bien que le juge judiciaire jouisse d'une compétence exclusive et constitutionnellement garantie pour contrôler les mesures de police judiciaire¹², il n'en va pas de même des mesures de police administrative, même lorsque celles-ci portent atteinte aux droits et libertés fondamentaux. Il était permis d'en douter à la lecture de l'article 66 de la Constitution, qui consacre l'autorité judiciaire comme « *gardienne de la liberté individuelle* ». Dans un premier temps, en effet, le Conseil constitutionnel avait adopté une conception large de celle-ci, reconnaissant une compétence exclusive du juge judiciaire pour contrôler les actes attentatoires à la liberté du mariage, au droit au respect de la vie privée ou à l'inviolabilité du domicile par exemple. Mais depuis la fin des années 1990, le Conseil constitutionnel a modifié son interprétation et adopté une conception restrictive de cet article, limitant sa portée à la seule privation de liberté¹³. De cette façon, le législateur est libre de confier les contentieux impliquant des droits et libertés fondamentaux au juge administratif dès lors que la mesure considérée relève bien de la police administrative. Le critère de distinction entre les deux catégories de polices devient alors seul déterminant de la compétence du juge judiciaire¹⁴. Or l'identification d'un tel critère suscite, depuis longtemps, de vives discussions doctrinales.

3. Pour reprendre à grands traits la convaincante démonstration menée par un auteur¹⁵, il apparaît en effet qu'aucun des critères avancés n'est pleinement convaincant. Un critère organique peut d'abord être rapidement écarté, les hypothèses où une même personne peut exercer des compétences de polices administrative et judiciaire étant nombreuses¹⁶ et le Conseil d'Etat ayant par ailleurs jugé qu'une décision préfectorale peut être qualifiée de mesure de police judiciaire¹⁷. Le critère du caractère général ou individuel de la mesure doit également être écarté, le droit administratif permettant des mesures de police ciblées et, à l'inverse, la police judiciaire des mesures générales. Le critère devrait alors être recherché autour de l'opposition entre prévention et répression, le droit administratif ayant pour objet la préservation de l'ordre public alors que le droit pénal a pour objet la répression

¹¹ B. LOUVEL, « Audience solennelle de rentrée 2016 » ; Th. RENAULT, « Du rifié chez les juges. Le juge administratif est-il le nouveau gardien des libertés publiques ? », *AJDA* 2016 p.1677 ; Ch. TUKOV, « L'autorité judiciaire, gardienne exclusive de la liberté individuelle ? », *AJDA* 2016, p.936.

¹² V. not. Cons. Const., n° 2005-532 DC du 19 janvier 2006, [Loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers] : « *les réquisitions de données permises par les nouvelles dispositions constituent des mesures de police purement administrative (...) elles ne peuvent donc avoir d'autre finalité que de préserver l'ordre public et de prévenir les infractions ; que, dès lors, en indiquant qu'elles visent non seulement à prévenir les actes de terrorisme, mais encore à les réprimer, le législateur a méconnu le principe de la séparation des pouvoirs* »

¹³ Cons. Const. n° 99-411 DC du 16 juin 1999. Plus largement, sur cette évolution, v. not. B. LOUVEL, « L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle ou des libertés individuelles ? », préc.

¹⁴ V. not. dans cet ouvrage, P. GERVIER, *supra* p. 45 et s. Des auteurs estiment cependant qu'il n'est pas impossible que le juge judiciaire puisse être désigné pour autoriser une mesure de police administrative et qu'une telle hypothèse n'exclurait pas que le juge administratif retrouve, *a posteriori*, ses prérogatives ; v. P. CASSIA, « Le Conseil Constitutionnel fait et défait le régime de renouvellement des assignations à résidence de longue durée de l'état d'urgence », *Dalloz* 2017, p. 1162. Notons que le projet de loi *pour la confiance dans l'action publique* semble emprunter cette direction ; v. *infra* note 32.

¹⁵ Th. HERRAN, « La distinction entre police administrative et police judiciaire à l'aune de la loi relative au renseignement », *Montesquieu Law Review*, n°4, mars 2016.

¹⁶ Un auteur montre cependant que celui-ci pourrait être pertinent en matière de renseignement ; v., et beaucoup plus largement sur l'histoire du renseignement et l'administrativisation de celui-ci et la construction d'une police administrative « *très spéciale* » : E. BÉDARRIDES, « Des écoutes au renseignement. Un exemple de la distinction entre les polices judiciaire et administrative », *AJDA* 2015, p. 2026.

¹⁷ CE, Juge des référés, 14 novembre 2005, n°286835, *Publié au recueil Lebon*, à propos de perquisitions ordonnées par le préfet dans le cadre de l'état d'urgence : « *Considérant que les perquisitions autorisées par le 1° de l'article 11 de la loi devaient à l'origine être effectuées suivant les modalités définies par les dispositions alors en vigueur de l'article 10 du code d'instruction criminelle conférant au préfet des pouvoirs de police judiciaire, auquel a succédé l'article 30 du code de procédure pénale ; que l'abrogation de cet article par la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 n'a pas eu pour conséquence de soustraire au contrôle de l'autorité judiciaire l'exercice par le ministre de l'intérieur ou le préfet de missions relevant de la police judiciaire* ». En la matière, cette position est cependant aujourd'hui dépassée ; v. *infra* 46 et s.

des atteintes à l'ordre public. Mais, en lui-même, le critère ne tient pas non plus. Sans même envisager des questions de pur droit administratif, on évoquera seulement l'essor du droit administratif répressif, qui permet le prononcé de lourdes sanctions pécuniaires en cas de manquements administratifs¹⁸. Parallèlement, le droit pénal se fait de plus en plus préventif, incriminant de plus en plus souvent de simples actes préparatoires parfois équivoques¹⁹ et en mettant la lutte contre la récidive au cœur des fonctions de la peine. La procédure pénale adopte cette même mutation, n'étant plus seulement réactive à la découverte d'une infraction mais de plus en plus souvent « proactive²⁰ ». Aussi peu efficient que soit alors ce critère, il se rapproche pourtant de celui retenu et systématiquement rappelé par le Conseil constitutionnel dans ses décisions récentes : le critère finaliste²¹. Celui-ci repose sur le but de la mesure de police : destinée à préserver l'ordre public, elle sera de police administrative, destinée à constater des infractions, à identifier leur auteur ou à rechercher des preuves, elle sera de police judiciaire²². Tout réside alors, non dans le type de mesure ou dans les faits qui la justifient, mais dans la finalité poursuivie par l'autorité qui en décide. L'enjeu est important puisque, nous l'avons dit, de la nature de la mesure dépend l'autorité qui la contrôle. Or, si les juridictions de l'ordre administratif présentent des garanties globalement satisfaisantes en termes d'indépendance et d'impartialité, il reste que les contrôles respectivement exercés par les juges pénal et administratif diffèrent profondément.

4. Comme le droit pénal est traditionnellement considéré comme le droit le plus attentatoire aux libertés, il est aussi celui qui bénéficie des garanties les plus importantes. Ses principes sont en effet particulièrement protecteurs des justiciables, qu'il s'agisse de procédure pénale ou de droit pénal de fond. Pour condamner pénalement, il faut renverser la présomption d'innocence au moyen de preuves véritables contradictoirement débattues. Dans le cadre de l'enquête, toute mesure de police judiciaire est contrôlée par un magistrat, *a priori* ou à très bref délai. Et si des discussions demeurent sur le rôle du Ministère public, la procédure pénale française a été, sous la pression de la Cour européenne, amenée à restreindre ses prérogatives en tant qu'autorité de contrôle au profit du Juge des libertés et de la détention (JLD), juge du siège²³. Les actes de procédure peuvent faire l'objet de recours en

¹⁸ La question de l'articulation du droit pénal avec le « droit administratif pénal », également source d'importantes difficultés, est cependant profondément distincte de celle de la distinction entre polices administrative et judiciaire. Alors que la coexistence de deux systèmes de poursuites et de sanction interroge essentiellement quant à la possibilité d'une mise en œuvre parallèle ou successive des deux *corpus* normatifs au regard du principe *ne bis in idem*, les procédures administratives susceptibles d'être mises en œuvre en matière de lutte contre le terrorisme ne poursuivent pas un objectif sanctionnateur. A la différence du droit administratif répressif, en effet, ces enquêtes de police administrative ne s'inscrivent pas dans le cadre d'une procédure destinée au prononcé de sanctions administratives ayant le caractère d'une punition. Si elles peuvent bien conduire à la découverte d'éléments permettant d'établir une infraction, ou s'accompagner d'interdictions ou obligations sanctionnées, ce sera dans tous les cas le seul droit pénal qui sera alors applicable, la procédure initialement administrative ayant, à un moment, basculé vers une procédure de police judiciaire.

¹⁹ Le Conseil Constitutionnel a récemment été amené à observer que tel était le cas dans l'incrimination d'entreprise terroriste individuelle. S'il en a déduit une obligation, pour le juge, de s'appuyer sur d'autres faits que ces comportements non univoques pour caractériser l'intention coupable, il n'a cependant pas jugé le délit contraire à la Constitution. V. Décision n° 2017-625 QPC du 7 avril 2017, [Entreprise individuelle terroriste].

²⁰ Quoi qu'il connaisse aujourd'hui une expansion particulière, le phénomène n'est pas nouveau et concerne plus largement la criminalité organisée ; v. J. PRADEL « De l'enquête pénale proactive : suggestions pour un statut légal », *Dalloz* 1998, chr., p. 57

²¹ V. en particulier : Cons. Const., n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015, [Loi relative au renseignement] : « le recueil de renseignement (...) relève de la seule police administrative ; qu'il ne peut donc avoir d'autre but que de préserver l'ordre public et de prévenir les infractions ; qu'il ne peut être mis en œuvre pour constater des infractions à la loi pénale, en rassembler les preuves ou en rechercher les auteurs » ; Décision n° 2016-535 QPC du 19 février 2016 : « ces mesures de perquisition, qui relèvent de la seule police administrative, y compris lorsqu'elles ont lieu dans un domicile, ne peuvent avoir d'autre but que de préserver l'ordre public et de prévenir les infractions ».

²² L'article 17 de la loi n° 2013-1168 du 18 décembre 2013 relative à la programmation militaire, non soumise à l'examen du Conseil Constitutionnel, va à l'encontre de cette jurisprudence, déjà affirmée dans la décision n° 2005-532 DC du 19 janvier 2006 préc. note 12, puisqu'elle autorise l'autorité administrative à mettre en œuvre un traitement automatisé de données pour « les besoins de la prévention et de la constatation des actes de terrorisme, des infractions mentionnées à l'article 695-23 du code de procédure pénale et des atteintes aux intérêts fondamentaux de la Nation, du rassemblement des preuves de ces infractions et de ces atteintes ainsi que de la recherche de leurs auteurs ». V. E. BÉDARRIDES, art. préc.

²³ Les garanties statutaires du JLD ont récemment été renforcées par la loi organique n° 2016-1090 du 8 août 2016 et par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, celui-ci étant désormais un « vrai juge » nommé dans ses fonctions.

annulation et le succès d'un tel recours peut affecter la légalité des actes subséquents dont l'acte annulé est le « support nécessaire »²⁴. Les choses sont très différentes pour les mesures de police administrative. Le recours à celles-ci relève d'une décision du pouvoir exécutif, ministre ou préfet essentiellement, et ne fait en principe l'objet que d'un contrôle *a posteriori*, non systématique, par le juge administratif²⁵. La jurisprudence administrative connaît également des degrés de contrôles différents et des règles particulières en cas de « circonstances exceptionnelles », ce qui n'a pas de réel équivalent en droit pénal. Enfin, le droit administratif ne connaît pas véritablement la théorie de la subséquence, l'annulation de la mesure litigieuse n'emportant pas, en principe, d'autres conséquences.

5. Au-delà des supposées différences de culture juridique²⁶ et des liens existant entre membres du Conseil d'Etat et administration, ce sont alors certainement ces grandes divergences qui ont conduit le législateur à préférer rattacher de nombreuses mesures instituées récemment à la police administrative. Cela est d'ailleurs assez largement assumé par le pouvoir exécutif, approuvé par le législateur, qui a notamment justifié le recours aux perquisitions administratives de l'état d'urgence par les avantages de la voie administrative. Plus souple, le cadre administratif permettrait également une réaction plus rapide et plus efficace que la procédure pénale²⁷. Il est pourtant permis de douter de la pertinence de l'argument selon lequel la procédure pénale n'est pas adaptée au risque terroriste. Depuis une trentaine d'années, en effet, une vingtaine de lois majeures sont intervenues et ont multiplié les dispositions spécifiques à la matière terroriste, aussi bien en droit pénal de fond qu'en procédure pénale. La matière pénale connaît alors un ensemble normatif complet et largement dérogoire du droit commun, sans cesse durci et adapté à l'évolution de la menace terroriste²⁸. Or si ce droit dérogoire se voit encore parfois contesté le qualificatif de droit d'exception, force est de constater que la frontière entre les deux notions semble d'autant plus ténue que l'état d'urgence s'installe dans la durée²⁹ et que le législateur avait considéré qu'une réforme de la procédure pénale était nécessaire à une sortie de l'état d'urgence, la réforme du droit commun opérée par la loi du 3 juin 2016 étant censée permettre la sortie de l'état d'urgence³⁰. La confusion s'opère également dans la procédure législative, la loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016 de prolongation de l'état d'urgence - adoptée en quelques jours à la suite de la tuerie du 14 juillet - s'étant enrichie de dispositions modifiant le code

Cette dernière réforme a cependant pu paraître décevante pour n'avoir pas véritablement clarifié ses missions ni levé certaines incohérences, le Code de procédure pénale permettant toujours le recours à un procédé de géolocalisation sans intervention d'un juge du siège pendant quinze jours ou d'avoir recours à des IMSI-catcher sans autorisation du JLD en cas « d'urgence ». V. J. LEBLOIS-HAPPE, « La loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle et la mise en état des affaires pénales - *quo vadis* ? », *Dalloz* 2017, p. 873.

²⁴ La jurisprudence est cependant assez restrictive, v. not. Cass. Crim. 26 mai 1999, n°99-81.764 ; Cass. Crim. 26 janv. 2000, n°99-86166 ; Cass. Crim., 21 juin 2016, n°16-80.126, *Publiés au bulletin*.

²⁵ Nous verrons cependant que la loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016 a rompu avec ce principe en matière de saisies administratives de données; v. *infra* n°30.

²⁶ V. not. Th. RENAULT, art. préc.

²⁷ V. not., « Discours du Premier ministre à l'Assemblée nationale sur le projet de loi sur la prorogation de l'état d'urgence », 19 novembre 2015, <http://www.gouvernement.fr>.

²⁸ Sur cette question, et concluant à l'existence d'un droit pénal de l'ennemi, v. not. O. CAHN, « Le dispositif antiterroriste français est-il une loi d'exception ? », *Mélanges en l'honneur de G. GIUDICELLI-DELAGE*, *Dalloz*, 2016, p. 453-467 ; et, avec l'étude de nombreuses décisions O. CAHN, « Contrôle de l'élaboration et de la mise en œuvre de la législation antiterroriste », *RDLF*, 2016, chron. 08. La Cour européenne elle-même a récemment consacré l'idée d'une « catégorie spéciale du droit » dans son arrêt *Scher c/ Royaume-Uni*, n°5201/11 du 20 octobre 2015 ; sur cet aspect, d'un point de vue substantiel et processuel, v. not. L. MILANO, « La lutte contre le terrorisme dans la jurisprudence de la Cour EDH : la sécurité au prix de la liberté ? », *RDLF* 2017, chron. 24.

²⁹ Bien que le Conseil Constitutionnel ait plusieurs fois souligné le caractère nécessairement temporaire d'un tel état d'exception, il n'en a jamais, pour l'instant, tiré de conséquences juridiques quant à la conformité des différentes lois de prolongation à la Constitution. V. not. QPC n°2017-624 du 16 mars 2017 [Durée maximale de l'assignation à résidence dans le cadre de l'état d'urgence]. De même, si le Conseil d'Etat statuant en référé s'est bien déclaré compétent pour « se prononcer sur les conclusions subsidiaires des requérants qui tendent à ce qu'il soit enjoint au Président de la République de faire usage de la faculté de mettre fin, par décret en conseil des ministres, à l'état d'urgence », il a néanmoins rejeté la requête. V. CE, Ordonnance n°396220 du 27 janvier 2016, *Ligue des droits de l'homme et autres*.

³⁰ Cet objectif a été mis en avant dans le cadre de l'adoption de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016, alors qu'une sortie de l'état d'urgence était prévue pour le mois de juillet. V. *Exposé des motifs* 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 ; Y. MAYAUD, « L'état d'urgence récupéré par le droit commun ? - Ou de l'état d'urgence à l'état de confusion ! », *JCP-G* n° 12, 21 Mars 2016, doct. 344.

de procédure pénale³¹ alors que deux des quarante articles de la loi du 28 février 2017 *relative à la sécurité publique* ont modifié la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 *relative à l'état d'urgence*. Il faut souligner- et déplorer- que l'histoire se répète, une prolongation supplémentaire de l'état d'urgence ayant été annoncée le temps d'adopter une nouvelle réforme dont l'avant-projet laissait craindre qu'il consiste en une intégration quasiment totale des mesures de l'état d'urgence au droit commun³².

6. Sans qu'il soit possible d'entrer dans les détails, nous rappellerons simplement que les infractions terroristes sont aujourd'hui très durement réprimées et très largement définies³³. Aux nombreuses infractions de droit commun aggravées par la circonstance d'être « *intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur*³⁴ », s'ajoute en effet une multitude d'incriminations autonomes permettant d'appréhender l'ensemble des comportements qui se situent dans la « *sphère* » du terrorisme³⁵. C'est ainsi que toute forme de financement, direct ou indirect, du terrorisme est largement réprimée, de même que le blanchiment du produit des infractions terroristes³⁶. Toute forme d'aide matérielle ou de soutien moral au terrorisme est également incriminée³⁷, y compris l'apologie, la provocation non suivie d'effets³⁸, la redivulgence d'un contenu de propagande terroriste ou même la simple consultation de sites internet « *terrorisés*³⁹ ». Enfin, la répression intervient très tôt sur l'*ter criminis*, l'association de malfaiteurs en relation avec une entreprise terroriste⁴⁰ et le délit d'entreprise terroriste individuelle permettant de punir ce qui s'analyse, sur un plan criminologique, comme des actes préparatoires parfois non offensifs et non équivoques⁴¹. D'un point de vue processuel, les moyens d'enquête sont sensiblement renforcés et la procédure, de façon

³¹ Le processus législatif est ici particulièrement emblématique, les dispositions adoptées ayant été, pour la plupart, discutées et rejetées lors des débats parlementaires ayant conduit à l'adoption de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016. Malgré cela, aucune saisine *a priori* du Conseil Constitutionnel n'a eu lieu.

³² V. *Communiqué de l'Elysée*, Conseil de défense, 24 mai 2017 ; « Le projet de loi polémique du gouvernement », *Dalloz Actualités*, 9 juin 2017 ; S. HENNETTE-VAUCHEZ et S. SLAMA, « Le jour sans fin de l'état d'urgence », *Dalloz Actualités*, 09 juin 2017 ; R. LETTERON, « De l'état d'urgence à une police spéciale du terrorisme », *Liberté, Libertés Chéries*, [en ligne], 9 juin 2017. Le projet a cependant déjà assez profondément évolué, pour introduire notamment une autorisation des perquisitions devenues « *visites* » par le JLD ; v. CE, 12 juin 2017, n°393324, *Avis sur un projet de loi pour la confiance dans l'action publique* ; Projet de loi n°587 *renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme*, Sénat, 22 juin 2017.

³³ V. plus largement l'ouvrage de référence de J. ALIX, *Terrorisme et droit pénal : étude critique des incriminations terroristes*, Dalloz, *Nouvelle Bibliothèque de Thèses*, vol. 91, 2010.

³⁴ Sur cette définition, v. not. Crim., 10 janvier 2017, n°16-84.596, *Publié au bulletin* ; J. ALIX, *AJ Pénal* 2017, 79. Sur la notion de terrorisme, v. not. dans cet ouvrage, A. GOGORZA, « Le terrorisme : une catégorie juridique », *supra*, p.9 et s.

³⁵ V. not., sur ces infractions « satellites », V. MALABAT, « Mutations du droit pénal à l'épreuve de la lutte contre le terrorisme », in *L'hypothèse de la guerre contre le terrorisme*, dir. J. ALIX et O. CAHN, Dalloz, *Thèmes et commentaires*, à paraître. Soulignons que ce mouvement est également imposé par le droit de l'Union européenne ; v. la Décision-cadre 2008/919/JAI du 28 novembre 2008 et le durcissement futur issu de la Directive (UE) 2017/541 du 15 mars 2017 relative à la lutte contre le terrorisme ; sur cet aspect, v. not. dans cet ouvrage ; Th. HERRAN, « La politique anti-terroriste de l'Union européenne : mythe ou réalité ? », *supra*, p. 49 et s.

³⁶ V. le titre II du livre IV du Code pénal.

³⁷ V. not. J. ALIX, « Réprimer la participation au terrorisme », *R.S.C.* 2014, p. 849.

³⁸ Ces deux incriminations, auparavant contenues dans la loi du 29 juillet 1881 *sur la liberté de la presse*, ont été déplacées dans le Code pénal par la loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 *renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme*. Outre la dimension symbolique d'un tel déplacement, qui exprimait que de tels comportements ne devaient pas s'analyser comme de simples abus de la liberté d'expression, il faut souligner qu'il a eu pour conséquence de soustraire ces incriminations à la procédure dérogatoire protectrice applicable en matière d'infractions de presse.

³⁹ L'absence d'exigence initiale d'un quelconque projet terroriste a été soulignée par le Conseil constitutionnel, qui a abrogé l'article 421-2-5-2 tel qu'introduit par la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 dans la QPC n° 2016-611 QPC du 10 février 2017. Quelques jours seulement après cette abrogation constitutionnelle, la loi n° 2017-258 du 28 février 2017 *relative à la sécurité publique* a réintroduit le délit, ajoutant simplement la « *manifestation de l'adhésion à l'idéologie exprimée* » sur le service comme condition positive de l'incrimination.

⁴⁰ Soulignons que la Cour de cassation a jugé que la qualification criminelle d'association de malfaiteurs de l'article 421-6 du Code pénal pouvait être retenue sans qu'il soit besoin d'apporter « *la démonstration de la connaissance précise et concrète, par [l'accusé] du projet d'attenter volontairement à la vie ou à l'intégrité de personnes fomenté par l'auteur* » dès lors que « *celui qui s'est associé à une telle entreprise terroriste et qu'il est démontré que celle-ci avait pour objet la commission de l'une des infractions énumérées* » ; v. Cass. Crim., 7 octobre 2016, n°16-84597, *Publié au bulletin*.

⁴¹ V. *supra* note 19.

générale, aggravée⁴². La détention provisoire connaît également des règles particulières, durcies par les dernières réformes⁴³ qui ont notamment permis une vidéosurveillance permanente, en matière criminelle, des détenus faisant l'objet d'une « mesure d'isolement, dont l'évasion ou le suicide pourraient avoir un impact important sur l'ordre public eu égard aux circonstances particulières à l'origine de leur incarcération et à l'impact de celles-ci sur l'opinion publique »⁴⁴. Le droit de la sanction n'est pas en reste, avec une restriction importante de l'accès aux aménagements de peines et la prévision légale du caractère automatique de la peine d'interdiction du territoire pour les étrangers auteurs d'une infraction terroriste⁴⁵.

7. Dans ces conditions, alors, pourquoi ce choix législatif de développer les mesures de police administrative, dans le cadre de l'état d'urgence mais aussi – et certainement de façon encore plus inquiétante – en droit commun ? S'agit-il véritablement de préférer un cadre juridique plus efficace ou bien d'écarter un droit pénal jugé trop protecteur ? On ne peut s'empêcher de voir dans cette mise à l'écart du juge judiciaire l'un des traits caractéristiques du droit pénal de l'ennemi tel que théorisé par le professeur allemand Günter Jakobs : la négation du droit pénal⁴⁶. Ces doctrines du droit pénal de l'ennemi, en effet, justifient l'existence d'une scission du droit pénal, l'« *enemi terroriste* », en ce qu'il prétend renverser l'ordre juridique, ne devant plus bénéficier des protections octroyées au citoyen par le système pénal de droit commun. Il ne s'agit plus de punir un comportement fautif mais de neutraliser des individus qui participent ou adhèrent à une finalité terroriste dont le potentiel de communication menace le pacte social lui-même⁴⁷. Les principes de proportionnalité et de responsabilité du fait personnel s'effacent alors au profit d'une logique de neutralisation du risque. Celle-ci se manifeste à la fois par l'anticipation et la diffusion de la répression au moyen d'infractions obstacle, et dans la réponse à l'acte terroriste, par la prévision de sanctions ou de mesures de sûretés tendant à une neutralisation définitive et à une surveillance aussi étroite que possible. Sur un plan processuel, ces doctrines légitiment de la même façon l'abandon des garanties procédurales les plus essentielles, au point d'avoir pu justifier des privations de liberté en dehors de toute accusation véritable, comme à *Guantanamo* ou dans les prisons secrètes de la CIA. Le terroriste n'étant pas une personne, il n'est plus titulaire de droits et libertés, mêmes fondamentaux⁴⁸.

8. Bien que ces doctrines n'aient que récemment pénétré la doctrine française, le plus souvent pour y être rejetées⁴⁹, elles n'en semblent pas moins avoir insidieusement inspiré l'approche législative et gouvernementale de la lutte contre le terrorisme dans notre pays. Le choix législatif d'inscrire de nombreuses mesures de lutte antiterroriste dans un cadre de police administratif, en effet, n'est certainement pas neutre dans le contexte d'une

⁴² V. Titre XV du Livre III du Code de procédure pénale ; v. plus longuement *infra* n°42 et s.

⁴³ Art. 7 de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016.

⁴⁴ C'est la loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016 qui a créé le cadre légal de cette mesure, applicable aux accusés comme aux condamnés. Il faut souligner qu'elle avait auparavant été mise en place à l'égard de l'un des accusés des attentats du 3 novembre 2015, dès le 27 avril 2016 avant d'être fondée sur un simple arrêté du 9 juin 2016 portant création de traitements de données à caractère personnel relatifs à la vidéoprotection de cellules de détention. Quoique tardive, l'intervention législative a conduit le Conseil d'Etat à rejeter le référé liberté formé par l'accusé ; v. CE, Ordonnance du 28 juillet 2016, 28 juillet 2016, n° 401800, *M. B.*

⁴⁵ Loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016, qui se plie cependant à l'exigence constitutionnelle d'une possible exclusion de cette peine par une décision spécialement motivée. Le recours envisagé à la rétention de sûreté, en revanche, n'a finalement pas été adopté.

⁴⁶ V. not. dans cet ouvrage ; Ch. JÄGER, « Le terroriste : quelle personne juridique ? A propos des théories du droit pénal de l'ennemi », *supra* p. 21 et s.

⁴⁷ Des auteurs, notamment espagnols, ont alors proposé de théoriser une nouvelle figure d'infraction, nommée « délit d'organisation » ; v. not. G. SANTA RITA TAMÉS, *El delito de organización terrorista : un modelo de derecho penal del enemigo*, Bosh Penal, 2015, 731 p.

⁴⁸ V. G. JAKOBS, « Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo » et « Terroristas como personas en Derecho », in *Derecho penal del enemigo*, 2e ed., trad. M. CANCIO MELÍA, Thomson, coll. *Civitas*, 2006. V. ég., atténuant la négation de la qualité de personne précédemment affirmée : G. JAKOBS, « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », *R.S.C.* 2009, p. 7.

⁴⁹ V. not. S. AUBERT, « L'ennemi dans le livre IV du Code pénal français : approche comparée », *ReAIDP*, 2012 ; O. CAHN, « "Cet ennemi intérieur, nous devons le combattre" le dispositif antiterroriste français, une manifestation du droit pénal de l'ennemi », *Archives de politique criminelle*, 2016, p. 91-121 ; D. LINHARDT et C. MOREAU de BELLAING, « La doctrine du droit pénal de l'ennemi et l'idée de l'antiterrorisme. Genèse et circulation d'une entreprise de dogmatique juridique », *Droit et société*, n° 97, 2017 ; F. SAINT-BONNET, « Le terrorisme djihadiste et les catégories juridiques modernes », *JCP-G* n° 50, 7 Décembre 2015, p. 1348.

« guerre » déclarée au terrorisme par le pouvoir exécutif⁵⁰. Le paradigme préventif de la lutte contre le terrorisme semble avoir trouvé un terreau particulier dans la spécificité française du dédoublement des polices administrative et judiciaire, et dans l'éclatement juridictionnel du contentieux qui en découle. Mais peut-on pour autant penser que le droit administratif serait un moyen détourné de nier à l'« ennemi terroriste » sa qualité de citoyen, et de marquer son exclusion du pacte social par la négation de sa qualité de sujet de droits ?

9. Même si le recours au droit administratif a permis une mise à l'écart du droit pénal, une réponse affirmative serait certainement excessive. D'abord parce que, nous l'avons dit, le juge administratif est un « *vrai juge* », qui exerce un véritable contrôle quoique le niveau de garanties ne paraisse pas équivalent à celui de la procédure pénale⁵¹. Ensuite, parce que le juge judiciaire n'est pas complètement exclu de la lutte contre le terrorisme. Même dans les hypothèses où une mesure de police administrative est ordonnée, il retrouvera la plupart de ses prérogatives en cas de poursuites pénales ultérieures. Il demeure cependant que le juge pénal, et la procédure dans laquelle s'inscrit son action, semblent de plus en plus souvent mis à l'écart au profit d'un cadre « *plus souple* » dans les conditions de sa mise en œuvre, mais dont les atteintes aux droits et libertés se rapprochent de ce que l'on pouvait penser réservé à la coercition pénale. L'instrumentalisation de la dualité juridictionnelle française ne semble alors guère faire de doute, et de nombreux problèmes apparaissent. Bien que ceux-ci tiennent peut-être moins à l'autorité de contrôle qu'aux conditions et aux modalités de celui-ci, la difficile identification des critères de distinction entre polices administrative et judiciaire, et la mauvaise articulation des deux catégories de police, sont à l'origine d'une grave insécurité juridique et de sérieux questionnements en termes d'effectivité des garanties de la matière pénale, et plus largement, de droits et libertés fondamentaux. Particulièrement visibles dans le cadre de l'état d'urgence, de tels phénomènes s'observent également en droit « *commun* » - ou plus précisément dans le droit dérogatoire applicable en dehors de toute circonstance particulière - aussi bien s'agissant de la neutralisation du risque terroriste que dans l'identification d'un tel risque. Même si la compétence exclusive du juge pénal dans le jugement des infractions terroristes a été préservée, l'intrusion croissante de la police administrative dans la lutte contre ce phénomène et le déficit d'articulation législative des deux types de police⁵² lui imposent de redéfinir l'étendue de ses compétences. Les figures hybrides créées par le législateur, et le cadre constitutionnel dégagé par le Conseil⁵³, laissent néanmoins peu de latitude à un juge judiciaire dont les solutions se trouvent en partie subordonnées à la jurisprudence administrative. La Cour de cassation doit alors faire preuve d'habileté pour ne pas se laisser déposséder et accomplir son office de gardien de l'équité de la procédure pénale sans heurter ouvertement la jurisprudence constitutionnelle, ni créer de divergences prétoriennes entre les deux ordres de

⁵⁰ V. not. « Discours du Premier ministre à l'Assemblée nationale sur le projet de loi sur la prorogation de l'état d'urgence », préc. ; et, sur cette déclaration de « guerre », v. not. dans cet ouvrage, A. AMALFITANO, *infra*, p. 134. Pour une réflexion approfondie sur la place du droit pénal en matière de lutte contre le terrorisme, v. not. les travaux publiés dans *L'hypothèse de la guerre contre le terrorisme*, *op. cit.* et J. ALIX, « Quelle place pour le droit pénal dans la lutte contre le terrorisme », *Mélanges en l'honneur de G. GIUDICELLI-DELAGE*, *op. cit.*, p. 423-440.

⁵¹ Un auteur, approuvant pourtant le choix du cadre administratif pour le contrôle des mesures de l'état d'urgence, et admettant pourtant de façon générale la conformité de celui-ci à la Constitution, estime cependant que le niveau de garanties n'est pas équivalent s'agissant des perquisitions, et que les perquisitions de l'état d'urgence devraient être autorisées, *a priori*, par un juge judiciaire ; v. not. O. LE BOT, « État d'urgence et compétences juridictionnelles », *RFDA* 2016 p.436.

⁵² Seule une circulaire est, en effet, tardivement intervenue pour lever certaines difficultés. Celle-ci, dépourvue de caractère contraignant à l'égard des juges, ne répond cependant pas à toutes les questions, et envisage le plus souvent l'articulation des mesures pénales et administratives sous le seul prisme des modalités pratiques de l'échange d'informations entre autorité administrative et judiciaire. V. Circulaire du 5 novembre 2016 relative à l'articulation des mesures administratives et des mesures judiciaires en matière de lutte contre le terrorisme et la prévention de la radicalisation, NOR : JUSD1633563C.

⁵³ Nous aurons en effet l'occasion de vérifier que la jurisprudence de celui-ci n'a en effet que peu contrarié la politique législative adoptée en matière de terrorisme. S'agissant de l'état d'urgence, en particulier, le Conseil Constitutionnel a ainsi pu écarter la nécessité d'une réforme constitutionnelle. V., à cet égard, et qualifiant les premières décisions rendues en la matière de « légitimation politique » : J. ALIX, « Politique criminelle : les ultimes leçons d'un Conseil constitutionnel », *R.S.C.* 2016, p. 163 ; *Adde* A. CAPPELLO « État d'urgence. Abandon de la constitutionnalisation mais maintien de la mise en œuvre », *Procédures* n° 6, Juin 2016, étude 5 ; A. ROBLOT-TROIZIER, « Etat d'urgence et protection des libertés », *RFDA* 2016, p. 424.

juridictions⁵⁴. La tâche est délicate et, si quelques réponses ont été apportées et que l'on peut aujourd'hui observer l'émergence d'un régime juridique propre à l'état d'urgence⁵⁵ sans doute susceptible d'être partiellement étendu aux autres mesures que l'on pourrait qualifier de « *droit pénal administratif* », de nombreuses incertitudes et inquiétudes demeurent. Le risque assumé d'un contournement des garanties de la matière pénale est en effet alimenté à la fois par la compétence concurrente des juges administratif et pénal face au risque terroriste (I) et par la compétence parallèle des polices administrative et judiciaire dans l'identification du risque terroriste (II).

I. La compétence concurrente des juges administratif et pénal face au risque terroriste

10. Comme nous l'avons rapidement exposé en introduction, l'anticipation particulière de la répression en matière terroriste a pour conséquence de faire du droit pénal un droit préventif, et de troubler la distinction entre répression et prévention des atteintes à l'ordre public. Le risque terroriste est alors susceptible d'une double appréhension, par le droit pénal et par le droit administratif, selon le point de vue adopté : d'un côté, il consomme une infraction formelle, de l'autre, il n'est qu'une simple menace au regard de l'attaque projetée. Or, au-delà de la rupture avec les limites communément admises d'un droit pénal de l'acte, cette dualité d'appréhension du risque terroriste (A) conduit aujourd'hui à une dualité problématique d'ordres juridictionnels compétents (B).

A. Une appréhension duale du risque terroriste

11. Le droit pénal conserve le monopole de la qualification des infractions pénales, même formelles, et des déclarations de culpabilité permettant le prononcé de peines véritables. Mais depuis quelques années, le législateur a multiplié les mesures administratives destinées à neutraliser le risque terroriste, que l'on se situe dans le cadre particulier de l'état d'urgence ou en droit commun. Ce phénomène interroge à plusieurs égards : parce que ces mesures ne sont pas sans rappeler des mesures connues du droit pénal, et parce que les conditions de leur prononcé se distinguent parfois mal des éléments constitutifs d'infractions formelles prévues par le livre IV du Code pénal. Or la conception restrictive du monopole judiciaire institué par l'article 66 de la Constitution a conduit le Conseil constitutionnel à approuver aussi bien les mesures administratives restrictives de la liberté d'aller et venir (1) que celles restrictives des libertés d'information, de réunion et d'entreprendre (2).

1. Les mesures restrictives de la liberté d'aller et venir

12. Le domaine de la lutte contre le terrorisme a été un terrain au développement de mesures de police administrative restrictives de la liberté d'aller et venir, qu'il s'agisse de restrictions à la liberté de circulation à l'extérieur du pays par la mesure d'interdiction du territoire (a), ou à l'intérieur du territoire, en particulier par l'assignation à résidence⁵⁶ (b).

a. L'interdiction administrative de sortie du territoire

⁵⁴ Si les éléments qui seront étudiés dans cette étude nous semblent permettre de considérer les dernières décisions de la Chambre criminelle sont en ce sens, tous les auteurs ne partagent pas l'analyse. V. not., qualifiant l'attitude de la Cour de Cassation de « révolte judiciaire » ; J. BONNET, « Les juges constitutionnels et l'état d'urgence », *Droit Administratif* n° 12, Décembre 2016, étude 15. V. ég. J. PRADEL, « Les perquisitions administratives ou la chambre criminelle de la Cour de cassation contre tous », *Dalloz* 2017 p.275.

⁵⁵ Pour un panorama complet, v. *Terrorisme et état d'urgence. Jurisprudence des hautes juridictions françaises*, dir. Sh. WEILL, Sciences-po Paris, [en ligne], avril 2017.

⁵⁶ L'assignation à résidence n'est pas la seule restriction à la liberté de circulation sur le territoire national, la loi n° 55-385 relative à l'état d'urgence permettant également au préfet d'interdire la circulation (art. 5, 1°) ou le séjour (art. 5, 3°) de personnes désignées dans certains lieux et d'instituer des « zones de protection » (art. 5, 2°), ce qui fut notamment utilisé à Calais, au moment de l'évacuation de la « jungle ». V. *Arrêté portant création d'une zone de protection à Calais, 23 octobre 2016*. Le Conseil Constitutionnel a été saisi, sur le fondement de la liberté d'aller et venir, d'une QPC relative à l'interdiction de séjour, qui avait été utilisée pour interdire à des personnes déterminées de

13. Chronologiquement, la première restriction administrative d'importance à la liberté d'aller et venir est apparue avec la loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014, qui a créé une interdiction administrative de sortie du territoire⁵⁷. Désormais, le Code de la sécurité intérieure permet en effet au Ministre de l'intérieur de prononcer une interdiction de sortie du territoire français à l'égard de l'individu dont « *il existe des raisons sérieuses de penser qu'il projette : 1° Des déplacements à l'étranger ayant pour objet la participation à des activités terroristes ; 2° Ou des déplacements à l'étranger sur un théâtre d'opérations de groupements terroristes, dans des conditions susceptibles de le conduire à porter atteinte à la sécurité publique lors de son retour sur le territoire français* »⁵⁸. Cette interdiction est prononcée pour une durée maximale de six mois renouvelables et connaissait initialement une limite de deux années au total, supprimée loi n° 2016-987 21 juillet 2016. Jugée conforme à la Constitution⁵⁹, la mesure n'en vient pas moins heurter le principe de la liberté de circulation, qui inclut le droit de quitter son pays. Le risque terroriste paraissant cependant s'inscrire dans le cadre des dérogations permises par le droit européen⁶⁰, c'est surtout la souplesse de ses conditions et de la procédure conduisant à son prononcé, qui n'aménage qu'un contradictoire écrit et *a posteriori*, qui a été critiquée⁶¹. Les conditions françaises du contrôle de la mesure peuvent en effet certainement soulever des difficultés au regard de l'exigence européenne d'un contrôle effectif⁶², difficultés communes au contentieux des assignations à résidence, dont il nous faut désormais étudier le domaine de plus en plus étendu.

b. L'assignation à résidence

14. Jusqu'à la déclaration de l'état d'urgence, seul le droit des étrangers connaissait une mesure d'assignation à résidence de nature administrative⁶³. Celle-ci se rencontre désormais également en matière de neutralisation du risque terroriste, dans le cadre de l'état d'urgence mais aussi en droit commun.

participer à des manifestations de protestation contre la « loi travail », au printemps 2016. Faute de garanties légales suffisantes, le Conseil Constitutionnel a jugé l'art. 5, 3° de la loi n° 55-385 relative à l'état d'urgence contraire à la Constitution, avec effet au 15 juillet 2017 ; v. CE, 29 mars 2017, n°407230 ; Décision n°2017-635 QPC du 9 juin 2017, [interdiction de séjour dans le cadre de l'état d'urgence].

⁵⁷ Art. L224-1 du Code de la sécurité intérieure. L'exposé des motifs de la loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016 faisait état de 229 personnes concernées au 15 juillet 2016. Notons que la loi n°2016-731 du 3 juin 2016, qui a également rétabli, à l'article 371-6 du code civil, l'autorisation parentale de sortie du territoire pour les mineurs, a créé une mesure spéciale de protection permettant d'interdire, en urgence, la sortie du territoire d'un mineur « *dès lors qu'il existe des éléments sérieux laissant supposer que l'enfant s'apprête à quitter le territoire national dans des conditions qui le mettraient en danger et que l'un des détenteurs au moins de l'autorité parentale ne prend pas de mesure pour l'en protéger* » (art. 375-5 du code civil).

⁵⁸ Selon le Ministère de l'intérieur, 430 interdictions de sortie du territoire avaient été prononcées au 7 novembre 2016 ; v. « Lutte contre le terrorisme et prévention de la radicalisation : réunion des préfets et des procureurs », [en ligne].

⁵⁹ Décision n° 2015-490 QPC du 14 octobre 2015, [Interdiction administrative de sortie du territoire].

⁶⁰ Article 2.2 du Protocole n° 4 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales qui prévoit que « *toute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien* ». L'article 2.3 permet cependant des restrictions légales dès lors qu'elles « *constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au maintien de l'ordre public, à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui* ». De la même façon, la directive 2004/38, du 29 avril 2004 considère comme légitimes les restrictions légales à la liberté de circulation légitimes lorsqu'il qu'il existe « *une menace réelle, actuelle et suffisamment grave pour un intérêt fondamental de la société* ».

⁶¹ V. not. Commission nationale consultative des droits de l'Homme (CNCDDH), Avis du 25 septembre 2014, dénonçant des « *appréciations exclusivement subjectives* » ; A. CAPELLO, « L'interdiction de sortie du territoire dans la loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme », *AJ Pénal* 2014 p. 560, évoquant une « *mesure de sûreté extrême* ».

⁶² V. *infra*, n°38.

⁶³ Art. L523-3 et s. et L561-1 et s. du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA). On peut à cet égard souligner que le droit des étrangers peut apparaître comme un « *laboratoire* » des mesures de police administrative qui se développent aujourd'hui dans le cadre de la lutte contre le terrorisme. Dans le droit contemporain, c'est en effet le premier à avoir introduit les assignations à résidence non pénale ou la « *retenue* » au poste de police ou de gendarmerie en dehors du cadre de la garde à vue (article L611-1-1 du CESEDA), qui peut évoquer la retenue de 4 heures instituées par la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016. Les derniers mois ont également été marqués par des débats politiques récurrents sur la possibilité d'une « *rétenion administrative des 'fichés S'* », ce qui n'est pas sans rappeler la rétention des étrangers des articles L551-1 et s. du CESEDA. Le rattachement du droit des étrangers aux doctrines du droit pénal de l'ennemi, fréquent dans la doctrine espagnole, n'est alors certainement pas excessif. V ; not. G. PORTILLA CONTRERAS, *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo postmodernista*, Valencia, Tirant lo blanch, coll. *U'' alternativa*, 2007, p. 141 et s. ; C. SAAS, « L'immigré, cible d'un droit pénal de l'ennemi ? » in *Immigration, un régime pénal d'exception*, *GISTI*, 2012, p. 32.

15. Assignation à résidence dans le cadre de l'état d'urgence. La loi n° 55-385 du 3 avril 1955, telle que modifiée par la loi n° 2015-1501 du 20 novembre 2015, permet au ministre de l'intérieur de prononcer une assignation à résidence à l'égard d'une personne « à l'égard de laquelle il existe des raisons sérieuses de penser que son comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre public⁶⁴ », condition d'autant plus souple que le Conseil d'Etat⁶⁵ – suivi par le Conseil Constitutionnel⁶⁶ – a admis qu'il n'était pas nécessaire que la menace invoquée soit relative au risque ayant justifié la déclaration de l'état d'urgence. Ont ainsi été considérées comme justifiées les assignations à résidence de militants écologistes dans le cadre de la COP 21, militants qui n'étaient aucunement suspectés de fomenter un quelconque attentat terroriste mais uniquement de vouloir braver l'interdiction de manifester et de mener des actions revendicatives potentiellement violentes. Dans le contexte particulier de l'état d'urgence, le Conseil d'Etat a jugé qu'un tel comportement constituait bien une menace pour l'ordre et la sécurité publics, accueillant ainsi l'argument ministériel selon lequel la « mobilisation des forces de l'ordre pour lutter contre la menace terroriste ne saurait être détournée, dans cette période, pour répondre aux risques d'ordre public liés à de telles actions ». Littéralement défendable au regard de la formulation de l'article 6 de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955, une telle interprétation n'en est pas moins profondément discutable pour conduire à une instrumentalisation de l'état d'urgence à des fins plus générales de maintien de l'ordre⁶⁷ ; instrumentalisation d'autant plus discutable que les prolongations successives de l'état d'urgence relativisent fortement l'argument de la nécessité d'une mobilisation exclusive des forces de sécurité sur la lutte contre le péril ayant justifié le déclenchement de cet état d'exception.

16. Il faut en outre particulièrement souligner la proximité de cette mesure de police administrative avec l'assignation à résidence connue du droit pénal, au stade présentiel ou comme modalité d'exécution de la peine⁶⁸. L'assignation à résidence permise dans le cadre de l'état d'urgence peut, également, s'accompagner d'interdictions et obligations qui ne sont pas sans rappeler d'autres mesures traditionnellement attachées au droit pénal au titre du contrôle judiciaire, de peines complémentaires ou de mesures d'aménagement ou de sûreté post-sentencielles. C'est ainsi que la personne assignée à résidence peut notamment être tenue de se présenter périodiquement aux services de police ou se voir interdire d'entrer en relation avec certaines personnes. Par ailleurs, autre mesure déjà connue du droit des étrangers⁶⁹, les personnes qui ont terminé d'exécuter une condamnation pour des faits de terrorisme depuis moins de huit ans peuvent se voir placer sous surveillance électronique mobile (PSEM), en plus, donc, des hypothèses où le PSEM est permis par le Code pénal « à titre de mesure de sûreté⁷⁰ ». Et si cette possibilité de surveillance électronique ne semble pas avoir été utilisée⁷¹, il apparaît au contraire que l'assignation à résidence sans PSEM⁷² a pu, en pratique et conformément aux suggestions

⁶⁴ La loi n° 2015-1501 du 20 novembre 2015 a opéré un assouplissement notable de cette condition, qui visait auparavant les personnes dont « dont l'activité s'avère dangereuse pour la sécurité et l'ordre publics ».

⁶⁵ V. CE, Section du contentieux, 11 décembre 2015, n° 395009, 394990, 394992, 394993, 394989, 394991 et 395002. V. not. A. ROBLOT-TROIZIER, « Assignations à résidence en état d'urgence », *RFDA* 2016, p. 123.

⁶⁶ Le Conseil Constitutionnel n'exprime pas aussi clairement cette possibilité que le Conseil d'Etat mais la décision n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015 jugeant les assignations à résidence conforme à la Constitution concernait des assignations à résidence prononcées dans le cadre de la COP 21.

⁶⁷ En ce sens not. CNCDH, « Avis sur le suivi de l'état d'urgence et les mesures anti-terroristes de la loi du 21 juillet 2016 », 26 janvier 2017.

⁶⁸ Respectivement, art. 142-5 et s. et 723-7 et s. du Code de procédure pénale.

⁶⁹ Article L571-3 du CESEDA, qui vise l'étranger « condamné à une peine d'interdiction du territoire pour des actes de terrorisme prévus par le titre II du livre IV du code pénal ou si une mesure d'expulsion a été prononcée à son encontre pour un comportement lié à des activités à caractère terroriste », la mesure n'étant possible qu'avec l'accord de l'intéressé, et pour une durée de deux ans maximum.

⁷⁰ Art. 131-36-9 et s. du Code pénal.

⁷¹ Aucune assignation à résidence accompagnée d'un PSEM n'est mentionnée dans les différents rapports officiels, semble-t-il par crainte d'une contrariété de la mesure à la Constitution. Aucune des différentes lois de prolongation de l'état d'urgence n'ayant fait l'objet d'un recours *a priori*, le Conseil Constitutionnel n'a pas eu l'occasion de se prendre position sur la question.

⁷² Selon les documents officiels, 268 personnes faisaient l'objet d'un arrêté d'assignation à résidence à la fin de la première phase de l'état d'urgence, le 25 février 2016, 68 à la fin de la deuxième période, le 25 mai 2016, 75 à la fin de la troisième période le 21 juillet 2016.

gouvernementales⁷³, succéder à l'exécution d'une peine⁷⁴ ou à une remise en liberté à la suite d'une détention provisoire⁷⁵.

17. Dans la lignée de sa jurisprudence relative au droit des étrangers⁷⁶, l'assignation à résidence sans PSEM n'a pas été jugée privative de liberté par le Conseil constitutionnel et ne rentre donc pas dans le champ de compétence réservé au juge judiciaire par l'article 66 de la Constitution⁷⁷. Il faut cependant souligner qu'il ajoute, en la matière, une réserve probablement inspirée de la jurisprudence de Strasbourg⁷⁸, en précisant que la mesure changerait de nature si elle devait excéder 12 heures par jour⁷⁹. En cohérence avec cette analyse, l'assignation à résidence échappe également, selon le Conseil d'Etat, au champ d'application de l'article 5 de la Convention européenne⁸⁰.

Enfin, 91 assignations à résidence demeuraient en vigueur au 14 décembre 2016. Parmi elles, 37 étaient assignées à résidence depuis plus d'un an, 10 depuis 6 à 12 mois et 44 depuis moins de 6 mois. V. *Rapport* n° 220 de la commission des lois, Sénat, 14 décembre 2016. Au 19 février 2017, 67 assignations à résidence étaient encore en vigueur ; v. Réunion de la Commission suivi de l'état d'urgence de l'Assemblée nationale, 22 février 2017, [en ligne].

⁷³ V. circulaire du 5 novembre 2016, préc.

⁷⁴ Pour la prise en compte d'une condamnation pénale antérieure dans les motifs du prononcé d'une assignation à résidence, v. not. CE, ordonnance du 7 octobre 2016, n° 403552 ; C. HAGUENAU-MOIZARD, « Assignation à résidence pendant l'état d'urgence : quelles sont les limites de la prévention ? », *Dalloz* 2016, p. 2272. Une difficulté particulière a également surgi s'agissant d'une assignation à résidence prononcée à l'égard de personnes bénéficiant d'une libération conditionnelle ou étant soumises à un contrôle judiciaire dont les modalités s'avéraient incompatibles avec les obligations résultant de la mesure de police administrative. C'est, dans une affaire relevant de cette dernière hypothèse, le juge judiciaire qui a modifié sa décision ; v. CE, 25 avril 2017, n°409677, *M. A. B. Notons* en effet qu'à la différence de l'article L225-5 du Code de la sécurité intérieure, relatif à la nouvelle mesure de contrôle administratif de retour sur le territoire (v. *infra* n°17), la loi n°55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence n'envisage pas l'articulation des mesures de police administrative et d'éventuelles mesures de nature pénales. Seule la circulaire du 5 novembre 2016 envisage partiellement cette question en prévoyant une information, par les préfets, du Procureur de la République territorialement compétent pour toute décision d'assignation à résidence, cette information ayant « vocation à permettre au procureur de la République de faire le point sur la situation pénale de la personne assignée et d'apprécier les modifications voire la révocation d'une mesure judiciaire pré ou post-sentencielle qui pourraient en découler ». En plus de suggérer une forme de priorité de la mesure administrative, la formulation peut surprendre dans la mesure où le Ministère public n'est pas l'autorité décisionnaire des mesures pénales visées.

⁷⁵ La circulaire du 5 novembre 2016 prévoit ainsi à cet égard que, lorsqu'une date d'audience est fixée pour une personne placée en détention provisoire, « Dans la mesure du possible, le parquet pourra également attirer l'attention du préfet en amont de cette décision lorsque les circonstances laissent à penser qu'une libération pourrait intervenir. »

⁷⁶ Décision n°2011-631 DC du 9 juin 2011 [Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité] : « [l'assignation à résidence prévue par l'article L. 561-2 du CESEDA] ne comportant aucune privation de la liberté individuelle, le grief tiré de la méconnaissance de l'article 66 de la Constitution est inopérant ; » Soulignons que cette décision ne s'était pas prononcée sur l'assignation à résidence avec PSEM, introduite par cette même loi n°2011-672 du 16 juin 2011 à l'article L571-3 du CESEDA.

⁷⁷ Décision n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015, [Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence]. V. déjà, dans le cadre de l'article 16 de la Constitution, Tribunal des conflits, 16 novembre 1964, *Clément*, Rec. p. 796.

⁷⁸ Selon la jurisprudence européenne, toute assignation à résidence n'est pas nécessairement privative de liberté ; il faut en apprécier les modalités concrètes et l'intensité pour déterminer si elle relève de l'article 5 de la CESDH ou de l'article 2 du protocole 4 ; v. not. Comm.EDH, 5 octobre 1977, n°7960/77, *Guzzardi c/ Italie* ; CEDH, 11 janvier 2001, n° 24952/94, *N.C. c/ Italie* ; CEDH, 5 juillet 2016, n°23755/07, *Buzadji c/ République de Moldavie*. Sur la question de la privation de liberté dans le cadre de l'état d'urgence, v. not. CEDH, Gr. ch., 19 février 2009, n°3455/05, *Abou Qatada et autres c. Royaume-Uni* ; « Lutte contre le terrorisme au Royaume-Uni : état d'urgence et détention sans inculpations pénales de ressortissants étrangers », note N. HERVIEU <combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr>, 2009.

⁷⁹ La limitation durée quotidienne de la mesure paraît d'autant moins suffisante que ni la loi ni le Conseil Constitutionnel ne l'ont accompagnée de précisions sur le caractère consécutif ou non de cette période de 12 heures ou sur la possibilité de prendre en compte l'activité professionnelles ou d'autres circonstances familiales ou personnelles. Le Conseil d'Etat, pourtant, avait souligné que « seule une assignation à résidence qui se bornerait, pour les personnes radicalisées et présentant des indices de dangerosité, à restreindre leur liberté de circulation avec des modalités d'exécution laissant à l'intéressé une liberté de mouvement conciliable avec une vie familiale et professionnelle normale, pourrait, le cas échéant, être envisagée dans un cadre administratif » ; v. CE, Avis n°390867 sur la constitutionnalité et la compatibilité avec les engagements internationaux de la France de certaines mesures de prévention du risque de terrorisme, 17 décembre 2015

⁸⁰ V. CE, Avis n°390867, préc. Il faut souligner que cet avis envisage la question sans référence à l'article 15 de la Convention européenne. Le gouvernement français ayant pourtant invoqué cet article au lendemain des attaques du 13 novembre 2015, et l'article 5 de la Convention ne faisant pas partie des droits indérogeables, il n'est pourtant pas certain que l'article 5 soit applicable à ces mesures. La position des juridictions françaises à cet égard est aujourd'hui inconnue, la Cour de Cassation n'ayant pas non plus pris position sur l'application de l'article 15 tout en se gardant de fonder ses différentes décisions sur les articles 5, 6 ou 8 de la Convention européenne. Dans l'attente d'une position claire, on peut estimer qu'elles pourraient prétendre écarter, *in concreto*, les dérogations permises par l'article 15 si elles jugeaient ses conditions non réunies dans la situation d'espèce qui leur serait soumise. V. Secrétaire général du Conseil de l'Europe, « La

Bien que de telles assignations soient limitées à la durée de l'état d'urgence, les renouvellements successifs de celui-ci ne sont pas sans poser problème, même si la mesure doit être explicitement reconduite à chaque prolongation. L'ajout, par la loi n° 2016-1767 du 19 décembre 2016, de l'exigence d'une autorisation par le juge administratif des référés, par période de trois mois maximum au-delà de douze mois⁸¹, pouvait s'analyser comme une garantie supplémentaire inspirée des règles de la détention provisoire mais aussi comme l'intégration d'une installation de l'état d'urgence dans la durée. Une telle « *contrepartie*⁸² », qui pouvait sembler dérisoire au regard de l'importance de la restriction à la liberté d'aller et venir qu'engendre une telle mesure sur un temps long, a en outre été jugée – dans un grief soulevé d'office - contraire à la Constitution sur le fondement du droit à un recours effectif⁸³. Le Conseil Constitutionnel a en outre exclu que les prolongements successifs de la mesure puissent la faire muer en mesure privative de liberté au sens de l'article 66 de la Constitution, et n'a tiré comme conséquence de l'affirmation réitérée du caractère nécessairement temporaire de l'état d'urgence que l'ajout d'une condition relative à l'existence de « *faits nouveaux ou complémentaires* » dont la pertinence peut être discutée⁸⁴. Mais à cette extension temporelle des assignations à résidence de l'état d'urgence s'est ajoutée une contamination du droit commun.

18. Assignation à résidence du Code de la sécurité intérieure. La loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 a institué une nouvelle procédure de contrôle administratif à l'égard de « *toute personne qui a quitté le territoire national et dont il existe des raisons sérieuses de penser que ce déplacement a pour but de rejoindre un théâtre d'opérations de groupements terroristes dans des conditions susceptibles de la conduire à porter atteinte à la sécurité publique lors de son retour sur le territoire français* ». Ce contrôle administratif peut, en application de l'article L225-2 du Code de la sécurité intérieure, consister en une assignation à résidence d'une durée d'un mois dont la loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016, emblématique du brouillage entre état d'exception et droit commun, a permis deux renouvellements. Les jurisprudences respectives du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat⁸⁵ rendent peu probable qu'une telle mesure soit contestée dans sa qualification de mesure de police administrative ou dans sa conformité à l'article 5 de la Convention, même si celui-ci devrait redevenir pleinement applicable une fois l'état d'urgence levé. Ce qui frappe pourtant s'agissant de cette mesure, c'est la proximité des conditions envisagées pour son prononcé avec les éléments constitutifs du délit d'entreprise terroriste individuelle⁸⁶. Un peu plus restrictif que l'association de malfaiteurs en relation avec une infraction terroriste quant à l'infraction projetée, ce délit –introduit par la loi

France informe le Secrétaire Général de sa décision de déroger à la Convention européenne des droits de l'homme en application de son article 15 », 25 novembre 2015. ; et plus largement sur la conformité à la Convention européenne des mesures de l'état d'urgence, v. not. P. WACHSMANN, « Contrôle des mesures prises au titre de l'état d'urgence et convention européenne des droits de l'homme », *AJDA* 2016 p.2425.

⁸¹ Art. 2 de la loi n° 2016-1767 du 19 décembre 2016, modifiant l'art. 6 la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence. La loi ne prévoit alors pas de maximum de durée.

⁸² CNCDH, « Avis sur le suivi de l'état d'urgence et les mesures anti-terroristes de la loi du 21 juillet 2016 », 26 janv. 2017.

⁸³ V. Décision QPC n°2017-624 du 16 mars 2017 [Durée maximale de l'assignation à résidence dans le cadre de l'état d'urgence] ; M.-Ch. de MONTECLER, « Le Conseil d'Etat ne peut pas contrôler les assignations à résidence *a priori* », *Dalloz actualité* 20 mars 2017. Le paradoxe est alors que l'abrogation prononcée sur le fondement du droit à un recours effectif conduit à faire disparaître le premier contrôle, *a priori*, qui avait été institué et à ne laisser demeurer que le contrôle *a posteriori*. V., et plus largement sur cette décision, la riche analyse d'un auteur, soulignant l'interprétation extensive de la notion de loi applicable au litige, critiquant durement le raisonnement du Conseil au regard d'autres mécanismes soulevant le même type de difficultés, et proposant des solutions alternatives à la suppression de l'autorisation permettant garantir l'impartialité du Conseil d'Etat ; P. CASSIA, art. préc.

⁸⁴ Le Conseil d'Etat semble interpréter largement cette condition dans ses premières décisions ; v. CE, réf., 17 mars 2017, n° 408899, *Inédit au recueil Lebon*, et l'analyse par P. CASSIA, note préc. En application de la loi n° 2016-1767 du 19 décembre 2016, et à l'égard des mêmes personnes, le Conseil d'Etat a cependant récemment confirmé la suspension de la prolongation de deux assignations à résidence ordonnées par arrêté du 20 mars 2017, faute d'élément nouveau permettant d'établir la persistance de la menace ; v. CE, réf., 19 juin 2017, n°411587 et 411588.

⁸⁵ Pour le Conseil d'Etat, ce n'est que lorsque « *les contraintes imposées à l'intéressé excèdent par leur rigueur une restriction de la liberté de circulation, au point de le confiner en pratique en un lieu déterminé* » que, « *hors période d'état d'urgence, une assignation à résidence 'préventive' si contraignante (...) serait assimilable à une détention [et par conséquent] impossible en dehors de toute condamnation ou contrôle judiciaire lié à une procédure pénale, [pour porter] atteinte à la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution des personnes concernées* ». ; V. CE, Avis n°390867, préc.

⁸⁶ Article 421-2-6 du Code pénal.

n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 – est également plus précis dans ses éléments constitutifs. Il ne se contente pas, en effet, de simples « faits matériels », mais suppose la caractérisation de deux éléments. Le premier est « le fait de détenir, de se procurer ou de fabriquer des objets ou des substances de nature à créer un danger pour autrui⁸⁷ ». Le second est constitué de comportements alternatifs, parmi lesquels, précisément, le fait d'« avoir séjourné à l'étranger sur un théâtre d'opérations de groupements terroristes ». Cette assignation à résidence partage alors ses conditions avec l'incrimination de l'article L. 421-2-6 du Code pénal et, compte tenu de l'amplitude du 1^{er} fait constitutif de celle-ci, il semble que le droit pénal et droit administratif puissent entrer en concurrence. L'utilité de ce dernier apparaît ainsi essentiellement au regard de la difficulté à apporter la preuve d'un projet terroriste véritable, telle qu'exigée par la loi et réaffirmée par le Conseil Constitutionnel⁸⁸, au point que le droit administratif paraît alors conçu comme l'antichambre d'une procédure judiciaire. Si l'on pense, en effet, qu'une assignation à résidence est possible à l'égard de la personne mise en examen pour une telle infraction⁸⁹, on ne peut que s'interroger sur la nécessité de la création d'une telle mesure... Dans le cadre d'une instruction, la culpabilité n'est, par définition, pas encore établie et l'on peut se demander si le « doublon » ainsi institué ne pourrait pas permettre de repousser, pour des motifs d'opportunité, une mise en examen de la personne qui implique l'ouverture d'une information judiciaire et l'apparition des droits processuels qui y sont attachés.

19. Mais si l'extension du domaine de l'assignation à résidence peut être analysée comme une contamination du droit commun par le droit d'exception, la porosité entre les deux cadres juridiques semble encore plus grande s'agissant des mesures restrictives de la liberté d'expression et de communication.

2. Les mesures restrictives des libertés d'information, de réunion et d'entreprendre

20. Les libertés d'expression et d'information peuvent tout d'abord se trouver affectées par certaines incriminations, ainsi que l'a relevé le Conseil constitutionnel pour abroger le délit de consultation habituelle de sites internet faisant l'apologie du terrorisme⁹⁰. Mais le champ de cette étude nous conduit à nous intéresser davantage à la concurrence des mesures pénales et de police administrative directement destinées à neutraliser le risque terroriste. A cet égard, outre les restrictions à la liberté de réunion impliquées par les obligations pouvant accompagner les assignations à résidence, plusieurs mesures méritent attention. On les trouve dans le cadre de l'état d'urgence⁹¹ comme du droit commun et, là encore, le Conseil constitutionnel a jugé qu'elles échappent au monopole du juge judiciaire.

21. **Fermeture d'établissements.** La loi n° 55-385 du 3 avril 1955 permet tout d'abord au ministre de l'intérieur et aux préfets d'ordonner la fermeture provisoire des salles de spectacles, débits de boisson et lieux de réunion de toute nature dans le champ d'application territorial de l'état d'urgence. Bien que cette loi, à la différence du droit commun, ne prévoit pas explicitement d'autre condition, le Conseil constitutionnel a jugé de

⁸⁷ Le texte visait initialement aussi le fait de « rechercher » de tels objets ou substances. Le Conseil Constitutionnel a cependant jugé cette modalité de constitution de l'infraction « manifestement contraire au principe de nécessité des délits et des peines », « le législateur [ayant] permis que soient réprimés des actes ne matérialisant pas, en eux-mêmes, la volonté de préparer une infraction » « sans circonscrire les actes pouvant constituer une telle recherche dans le cadre d'une entreprise individuelle terroriste » ; v. Décision n° 2017-625 QPC du 7 avril 2017, [Entreprise individuelle terroriste]. On peut noter que si la motivation semble invoquer l'article 5 de la DDHC, c'est pourtant l'article 8 du même texte qui est visé par le Conseil.

⁸⁸ Décision n° 2017-625 QPC du 7 avril 2017, [Entreprise individuelle terroriste], préc.

⁸⁹ Articles 142-5 et 141-4 du Code de procédure pénale.

⁹⁰ Décision n° 2016-611 QPC du 10 février 2017, [Délit de consultation habituelle de sites internet terroristes] ; v. not. soulignant le choix du fondement de l'article 10 de la DDHC et non de l'art 8, B. De LAMY et A. GOGORZA, « L'abrogation par le Conseil constitutionnel du délit de consultation habituelle de sites terroristes », *JCP G*, 27 mars 2017, n°130.

⁹¹ Pour un bilan statistique au 14 décembre 2016, voir l'infographie diffusée par le Sénat ; [en ligne]. V. ég., plus précisément, Réunion de la Commission suivi de l'état d'urgence de l'Assemblée nationale, 22 février 2017, [en ligne].

telles mesures conformes à la Constitution dès lors qu'elles sont « justifiées et proportionnées aux nécessités de la préservation de l'ordre public ayant motivé une telle fermeture⁹² ».

22. Dissolution de personnes morales. De la même façon, un décret en conseil des ministres peut dissoudre « les associations ou groupements de fait qui participent à la commission d'actes portant une atteinte grave à l'ordre public ou dont les activités facilitent cette commission ou y incitent⁹³ ». Cette disposition appelle plusieurs remarques. Il faut d'abord noter qu'à la différence des autres mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence, cette dissolution perdure une fois celui-ci levé. Surtout, il faut souligner que les conditions de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 sont bien plus larges que celles du droit commun, civil⁹⁴, pénal ou administratif. Le droit pénal connaît en effet cette sanction à l'égard des personnes morales condamnées pour certaines infractions déterminées par la loi⁹⁵, qui sont cependant d'une certaine gravité car cette peine est jugée particulièrement dure. Le juge pénal n'a pourtant pas le monopole d'une telle dissolution puisque le Code de la sécurité intérieure permet également une dissolution administrative dans une série d'hypothèses qui ne sont pas sans recouper des incriminations pénales telles que l'incitation à la haine raciale ou à la violence ou, plus largement, l'association de malfaiteurs⁹⁶.

23. Fermeture de sites de communication en ligne. En plus de ces mesures, il faut enfin évoquer la question de la fermeture des sites internet « provoquant à a commission d'actes de terrorismes ou en faisant l'apologie⁹⁷ » dans le cadre de l'état d'urgence. Là encore, les frontières entre droit commun et droit d'exception sont particulièrement troubles, de même que celles entre droit pénal et droit administratif. Un blocage et un déréférencement des sites internet⁹⁸ peuvent en effet également être décidés par la Direction générale de la police nationale, autorité administrative, et un arrêt du service de communication décidé par le juge judiciaire, en référé⁹⁹. Face à du contenu constituant une provocation ou une apologie du terrorisme, ce sont alors trois autorités, et trois cadres juridiques distincts, qui sont susceptibles d'intervenir...

24. Ce rapide aperçu des mesures administratives destinées à neutraliser le risque terroriste a déjà montré l'absence de délimitation claire entre leur champ d'application et celui du droit pénal. Il faut maintenant étudier les conséquences que la qualification de mesure administrative sur le contrôle dont elles font l'objet.

B. Un contrôle juridictionnel dual

25. Si le juge pénal conserve le monopole du prononcé des condamnations pénales et des peines, et que le Conseil constitutionnel réserve le contentieux de la police judiciaire au juge judiciaire, les mesures de police administrative sont en principe contrôlées par le juge administratif (1). Il existe cependant une exception importante à ce

⁹² Décision n°2016-535 QPC, [Police des réunions et des lieux publics dans le cadre de l'état d'urgence].

⁹³ Art. 6-1 de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, créé par Loi n° 2015-1501 du 20 novembre 2015. V. not., faisant mention des recours exercés contre ces mesures, *Rapport* n°3784 de la Commission des lois, Assemblée nationale, 25 mai 2016, [\[en ligne\]](#).

⁹⁴ Article la loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014, modifiant l'article 706-23 du Code de procédure pénale. V. ég. s'agissant des associations, art. 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association, et, par ex. Civ. 1, 16 octobre 2001, n°00-12259, *Publié au bulletin*.

⁹⁵ Art. 131-39 al. 2 du Code pénal.

⁹⁶ V. art. L 212-1 du CSI et, par exemple, CE, 30 juillet 2014, *Association "Envie de rêver" et autres*, n° 370306 et 372180. Même depuis la déclaration de l'état d'urgence, c'est ce cadre juridique qui est privilégié par l'autorité administrative, aucune dissolution ne semblant avoir été prononcée sur le fondement de la loi du 3 avril 1955. V. CNCDH, *Rapport* préc. du 26 janvier 2017, qui ne mentionne aucune décision sur ce fondement entre le 14 novembre 2015 et e 18 juillet 2016, les chiffres n'étant pas communiqués depuis. Le *Rapport* n°3784 de la Commission des lois, Assemblée nationale, 25 mai 2016, [\[en ligne\]](#), fait également le constat de la préférence du gouvernement pour le fondement du droit commun, sans pour autant véritablement l'expliquer.

⁹⁷ Art. 11 II de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, créé par la loi n° 2015-1501 du 20 novembre 2015.

⁹⁸ Art 12 de la loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 modifiant la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique ; Décret n° 2015-125 du 5 février 2015 relatif au blocage des sites provoquant à des actes de terrorisme ou en faisant l'apologie et des sites diffusant des images et représentations de mineurs à caractère pornographique. Au 7 novembre 2016, le Ministère de l'intérieur faisait état de 54 sites Internet ayant fait l'objet d'une mesure de blocage pour de tels motifs et de 319 adresses électroniques été déréférencées par les moteurs de recherche sur le fondement de ces dispositions ; v. [\[en ligne\]](#).

⁹⁹ Art. 706-23 du Code de procédure pénale.

principe. Le juge pénal est en effet compétent pour apprécier la légalité des actes administratifs, lorsque de « *cet examen dépend la solution du procès pénal* ». Or, le non-respect des mesures administratives précédemment étudiées étant pénalement sanctionné, le juge pénal peut se trouver amené à en contrôler la légalité (2).

1. La compétence de principe du juge administratif

26. Critères de la compétence. En application de la « *conception française de la séparation des pouvoirs* », seules les juridictions de l'ordre administratif sont en principe compétentes pour apprécier la légalité des actes administratifs, individuels ou réglementaires. La « *légalité* » doit être largement entendue, le juge administratif devant vérifier, à la fois le respect des conditions posées par la loi, mais aussi leur conformité aux normes et principes supérieurs, constitutionnels ou issus des conventions internationales. Cette compétence de principe, posée par le Code de la justice administrative¹⁰⁰, est corroborée par l'article 14-1 de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 pour les mesures adoptées dans le cadre de l'état d'urgence. La qualification de la mesure considérée détermine alors la compétence de l'un ou l'autre des ordres de juridictions pour la contrôler¹⁰¹. Or, dans l'ensemble des décisions relatives aux mesures administratives que nous avons étudiées, le Conseil constitutionnel comme le Conseil d'Etat ont bien pris soin d'affirmer une telle qualification, toutes étant explicitement identifiées comme des « *mesures de police administratives* » avant que ne soit examiné le respect de l'article 66 de la Constitution ou des autres droits et libertés fondamentaux. Bien que les conditions de ces mesures puissent le plus souvent constituer des raisons plausibles de soupçonner la commission d'une infraction, et donc de douter fortement de leur rattachement à la police administrative, ces éléments ne peuvent être pris en considération par le juge sans heurter la jurisprudence constitutionnelle. Il nous faut alors rappeler les particularités du contrôle opéré par le juge administratif.

27. Moment du contrôle du juge administratif. Comme nous l'avons brièvement exposé en introduction, alors que les mesures de police judiciaire sont en principe décidées par un juge – ou au moins très rapidement contrôlées par un magistrat-, il n'en va pas de même pour les mesures de police administrative. Celles-ci sont en effet décidées par l'autorité administrative, qu'il s'agisse d'un Ministre, d'un préfet ou d'une autorité administrative indépendante, et elles ne font pas l'objet d'un contrôle juridictionnel systématique. Celui-ci n'existera, en effet, que si la personne qui en fait l'objet décide de contester sa validité. Le contrôle peut avoir lieu par voie d'action, en principe dans les deux mois de son prononcé¹⁰² et donner lieu, le cas échéant, à l'annulation de la mesure litigieuse. Le contrôle peut également intervenir par voie d'exception, à tout moment, si la validité de la mesure litigieuse conditionne la solution d'un litige. Dans cette hypothèse, c'est également l'ordre administratif qui est en principe compétent, le juge judiciaire éventuellement saisi de ce litige devant surseoir à statuer et saisir le juge administratif d'une question préjudicielle,¹⁰³.

28. Jusqu'à une époque très récente, le contrôle juridictionnel d'une mesure qualifiée d'administrative était donc toujours un contrôle *a posteriori*, et il le demeure encore aujourd'hui dans la grande majorité des cas. Cela n'est pas forcément un motif de contrariété à la Convention européenne, qui laisse aux Etats une grande marge d'appréciation quant aux modalités de contrôle dès lors qu'est bien assurée l'effectivité de celui-ci¹⁰⁴. Compte

¹⁰⁰ Art. L211-1 et L311-1 du Code de justice administrative. Le Tribunal des conflits, organe spécifique chargé de trancher les conflits positifs ou négatifs de compétence entre les deux ordres de juridictions, avait déjà posé la solution depuis longtemps. V. not., dans le contentieux indemnitaire, qui était jusqu'à récemment celui qui soulevait l'essentiel des difficultés : T. Conflits, 12 juin 1978, n°02082, Société « Le Profil » c/ Ministre de l'Intérieur, publié au recueil Lebon : « *une telle mission [tendant à assurer la protection des personnes et des biens] relève de la police administrative ; (...) les litiges relatifs aux dommages que peuvent causer les agents du service public dans de telles circonstances relèvent de la compétence de la juridiction administrative* ».

¹⁰¹ V. supra n°4.

¹⁰² Art. R421-1 et s. du Code de justice administrative.

¹⁰³ V. déjà not. T. Conflits, 16 juin 1923, n° 00732, *Septfonds*, et, désormais, art. R. 771-2 et suivants du Code justice administrative, issus du décret n° 2015-233 du 27 février 2015 relatif au Tribunal des conflits et aux questions préjudicielles.

¹⁰⁴ V. not. récemment, sur le fondement de l'art. 5, CEDH, 12 juillet 2016, n° 56324/13, *A.M. c/France*.

tenu de la gravité de certaines des mesures de police administrative, l'absence de contrôle juridictionnel *ab initio* peut néanmoins poser des difficultés au regard des droits et libertés fondamentaux que ces mesures viennent limiter. Le législateur en a bien conscience et il a développé, en matière administrative, deux réponses procédurales particulières.

29. La première, instituée par la loi en 2000¹⁰⁵, accompagne l'interprétation réductrice du champ d'application de l'article 66 de la Constitution par l'introduction de procédures de référé permettant au justiciable de voir sa situation examinée en urgence quand une liberté fondamentale est menacée¹⁰⁶. Rapide, cette procédure ne semble cependant pas offrir des garanties pleinement satisfaisantes. Outre la condition relative à l'urgence déterminant la compétence du juge des référés, ce cadre procédural ne permet la suspension de la mesure contestée que s'il existe un « *doute sérieux quant à la légalité de la décision* » et le juge (administratif) ne peut prendre les « *mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale que s'il y est porté une atteinte « grave et manifestement illégale* »¹⁰⁷. Lorsque de telles conditions ne sont pas réunies, la mesure continuera à s'appliquer jusqu'à son examen au fond. Sur ce point, il faut cependant noter que le Conseil d'Etat a jugé, s'agissant des assignations à résidence prononcées dans le cadre de l'état d'urgence, que la condition relative à l'urgence devait toujours être considérée comme satisfaite¹⁰⁸. De ce fait, et alors que les juridictions de premier degré s'étaient dans un premier temps montrées réticentes à l'admettre¹⁰⁹, de nombreuses assignations à résidence ont pu être rapidement contrôlées, même si leur suspension a rarement été prononcée¹¹⁰. S'agissant des perquisitions administratives¹¹¹, en revanche, l'atteinte aux libertés étant immédiatement consommée par la réalisation de la mesure, seul un recours indemnitaire peut être envisagé devant le juge administratif¹¹².

30. La seconde réponse législative aux carences du contrôle traditionnel du juge administratif est beaucoup plus récente, pour avoir été consacrée par la loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016. Il s'agit de soumettre l'exploitation des données informatiques saisies au cours d'une perquisition administrative à une autorisation délivrée par le juge administratif des référés. S'agissant des saisies, la prévision d'un tel contrôle *a priori* -sinon de la saisie elle-même, du moins de l'exploitation des données¹¹³- n'a pas été adoptée spontanément mais résulte indubitablement de la décision QPC du 19 février 2015¹¹⁴, qui avait jugé contraire à la constitution la prévision, par la loi du n° 55-385 dans sa rédaction résultant de la loi n° 2015-1501 du 20 novembre 2015, de la possibilité de copier le contenu des équipements informatiques présents sur le lieu de la perquisition administrative¹¹⁵. Source d'incertitudes en cas de procédure pénale incidente¹¹⁶, cette intervention *a priori* du juge administratif avait été étendue aux prolongations des assignations à résidence au-delà de douze mois¹¹⁷, ce qui semblait, là encore, s'inspirer de l'intervention du JLD dans la phase pré-sentencielle du procès pénal.

¹⁰⁵ Loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives.

¹⁰⁶ Art. L511-1 et s. du Code de justice administrative.

¹⁰⁷ L 521-1 et s. du Code de justice administrative.

¹⁰⁸ CE, Section du contentieux, 11 décembre 2015, n° 395009, 394990, 394992, 394993, 394989, 394991 et 395002 ; V. not. Et plus largement, G. EVEILLARD, « État d'urgence : les assignations à résidence devant le juge administratif et le Conseil constitutionnel », *Droit Administratif* n° 4, Avril 2016, comm. 25.

¹⁰⁹ V. plus largement, sur les statistiques du contentieux (administratif et judiciaire) de l'état d'urgence ; CNCDH, *Rapport préc.* du 26 janvier 2017.

¹¹⁰ V. les décisions recensées par le Conseil d'Etat, « *Mesures prises au titre de l'état d'urgence* », 18 juillet 2016.

¹¹¹ V. *infra* n°47.

¹¹² CE, 6 juillet 2016, Section du contentieux, *M.E... et autres, M.H... et autres*, avis n° 398234 et 399135 ; note P. TÜRK, *préc.*

¹¹³ La nuance est d'importance et des auteurs avaient ainsi pu douter de la conformité de la procédure instituée à la Constitution. Le Conseil Constitutionnel l'a pourtant approuvée ; v. Décision n° 2016-600 QPC du 2 décembre 2016 [Perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence III].

¹¹⁴ Cela apparaît clairement dans l'*exposé des motifs* de la loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016.

¹¹⁵ Décision n° 2016-536 QPC du 19 février 2016, [Perquisitions et saisies administratives dans le cadre de l'état d'urgence].

¹¹⁶ V. *infra* n°51 et s. sur la question du basculement vers une procédure de police judiciaire et sur la compétence du juge pénal.

¹¹⁷ V. *supra* note 83. V. ég., pour une comparaison de la procédure instituée avec l'autorisation d'exploitation des données saisies, P. CASSIA, note *préc.*

Mais si les critiques relatives à l'absence de contrôle juridictionnel *ab initio* doivent aujourd'hui être nuancées, il reste que l'appréciation menée par le juge administratif reste profondément distincte de celle qu'opère le juge judiciaire.

31. Contenu du contrôle par le juge administratif. Bien que les normes de référence permettant d'apprécier la légalité des mesures administratives soient identiques à celles applicables devant le juge judiciaire, le juge administratif a développé des contrôles d'intensités différentes selon la nature et le contexte des mesures dont il a à connaître. C'est ainsi qu'en dehors-même de la catégorie des actes de gouvernement, il n'opère en principe qu'un contrôle restreint en cas de « *circonstances exceptionnelles* » et que le Conseil d'Etat avait historiquement limité le contrôle des mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence à l'absence de « *motifs étrangers* », avant de l'étendre à l'erreur manifeste d'appréciation¹¹⁸. De ce point de vue, les décisions les plus récentes montrent globalement une évolution certaine en faveur d'une extension du contrôle opéré. Malgré l'admission d'une dissociation entre le danger ayant justifié le déclenchement de l'état d'urgence et celui que la mesure cherche à neutraliser¹¹⁹, le Conseil d'Etat a refusé de limiter son contrôle à celui de la légalité externe. Contrairement à ce que certains acteurs de l'état d'urgence avaient défendu¹²⁰, c'est ainsi qu'assignations à résidences¹²¹, perquisitions administratives¹²² et fermeture d'établissement¹²³ voient leur légalité subordonnée à l'existence d'une motivation fondée sur des éléments de droit mais aussi de faits dont la réalité peut être contrôlée et contradictoirement débattue. Le contrôle des mesures de l'état d'urgence a ainsi « *basculé d'un contrôle restreint en un contrôle normal* »¹²⁴ identique à celui des mesures de police administrative de droit commun, soumises à l'article L. 212-1 du Code des relations entre le public et l'administration. Cette évolution doit être saluée mais il n'en reste pas moins que le cadre administratif est beaucoup plus souple que le cadre pénal.

32. Conditions des mesures. Les conditions du prononcé de ces mesures sont d'abord beaucoup plus vastes que celles autorisées par le Code de procédure pénale, que l'on se situe au stade pré-sentenciel ou post-sentenciel. Au stade présentenciel, et sans qu'il soit possible de mener une comparaison détaillée, les mesures similaires permises par l'enquête policière ou judiciaire doivent toujours être justifiées par les nécessités de l'enquête ou par des circonstances particulières relatives à la protection de l'ordre public. Au stade sentenciel et post-sentenciel, elles doivent obéir aux principes qui régissent la matière pénale et être nécessaires, proportionnées et individualisées au regard de la gravité des faits et de la personnalité de l'auteur. En droit administratif, en revanche, la proportionnalité de la mesure n'est appréciée qu'au regard de l'objectif de protection de l'ordre public, toute considération relative à la culpabilité étant exclue.

33. Motifs et motivation des mesures. En outre, ce qui distingue fondamentalement les décisions administratives et pénales sont les éléments sur lesquels le juge peut fonder son appréciation. Pour qualifier une infraction terroriste et apprécier la culpabilité, le juge pénal ne pourra prendre en considération que des éléments

¹¹⁸ V. respectivement CE, ass, 16 décembre 1955 *Dame Bouroka* et CE, 25 juillet 1985, *Mme Dagostini* ; cités par M. VERPEAUX, « Contrôle de constitutionnalité des actes administratifs », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, n° 39 et s.

¹¹⁹ V. *supra* n°15.

¹²⁰ V. not. R. GELLI, Directeur des affaires criminelles et des grâces au Ministère de la justice, audition du 8 janvier 2016, in *Rapport* n°3784 au nom de la Commission des lois, 25 mai 2016.

¹²¹ V. not. CE, ordonnance n°396116 du 22 janvier 2016, *M. B* ; A. TROTTER, « La perception de l'état d'urgence par la Cour européenne des droits de l'Homme : comparaison entre l'ordonnance du Conseil d'Etat du 22 janvier 2016 et la décision A & autres c/ Royaume-Uni (CEDH 19 février 2009) », blogs.u-paris10.fr. Pour les assignations à résidence de plus d'un an, v. CE, 25 avril 2017, n°409725, *M. D* et n°409677, *M. A. B.*

¹²² V. not. CE, 6 juillet 2016, Section du contentieux, *M.E... et autres, M.H... et autres*, avis n° 398234 et 399135 ; et CE, 12 août 2016, *Ministère de l'intérieur*, ordonnance n°402348 pour une perquisition suivie d'une autorisation d'exploiter les données informatiques.

¹²³ CE, ord., 25 févr. 2016, n° 397153, *AJDA* 2016, p. 1303, obs. Ch. ALONSO.

¹²⁴ O. LE BOT, « Les perquisitions administratives en état d'urgence », *RFDA* 2016, p. 943 ; v. également, J.-M. SAUVÉ, audition du 7 janvier 2016, in *Rapport* n°3784 sur le contrôle parlementaire de l'état d'urgence, 25 mai 2016, p. 16-32 ; R. LETTERON, « Etat d'urgence : Le juge judiciaire et le contrôle des perquisitions (épisode 2) », *Liberté. Libertés Chéries*, [en ligne], 31 mars 2017.

de preuve, c'est-à-dire des éléments inscrits dans la procédure, contradictoirement débattus et susceptibles de recours en annulation¹²⁵. Ajoutons que s'agissant d'éléments apportés par l'autorité publique, ces preuves doivent également satisfaire aux conditions de légalité et de loyauté¹²⁶. Pour qualifier le risque terroriste permettant le prononcé de mesures administratives, en revanche, le juge administratif peut se fonder sur n'importe quelle information apportée par l'administration, dont les fameuses « notes blanches », issues des activités des services de renseignement¹²⁷. Celles-ci sont admises par la jurisprudence administrative, mais à la condition que les faits qu'elles relatent soient suffisamment précis et circonstanciés, que le recours administratif permette bien au justiciable d'en débattre contradictoirement, et qu'il n'existe pas de « contestation sérieuse ». La position gouvernementale considérant que la réunion de ces trois conditions permet de « tenir pour établis les faits mentionnés dans la décision, quand bien même ils ne seraient pas étayés par des éléments plus précis¹²⁸ » semble cependant excessive pour comporter un certain renversement de la charge de la preuve¹²⁹. Le justiciable, en effet, ne peut les contester qu'en apportant une preuve négative d'autant plus délicate que lesdites notes omettent toute information susceptible d'exposer leur source ou de menacer des investigations en cours. Nous reviendrons sur la question du contrôle des informations issues d'activités de renseignement¹³⁰ mais nous pouvons d'ores et déjà mettre en évidence ce que semble être la véritable ligne de démarcation entre droit pénal et administratif.

34. Comme nous l'avons déjà souligné à plusieurs reprises, ce n'est alors pas la distinction entre prévention et répression qui permet la démarcation entre mesures pénales et administratives, un même comportement pouvant constituer le risque terroriste au sens du droit administratif et une infraction formelle. En réalité, ce qui semble déterminant du choix entre voie administrative et pénale, c'est la solidité et la provenance des éléments de faits permettant d'établir le risque terroriste. Lorsque ces éléments permettent d'apporter la preuve véritable du comportement et de l'intention terroriste qui l'accompagne, la voie pénale est possible. Lorsque tel n'est pas le cas, le droit administratif permettra néanmoins une neutralisation de la menace, puisqu'il se contente toujours de « raisons sérieuses de penser » que la personne constitue un tel risque. Plus que la gravité du comportement ou de la mesure considérée, c'est alors la certitude du danger - ou la façon dont il est apparu - qui semble distinguer droit pénal et droit administratif. Lorsque la présomption d'innocence ou les exigences du procès équitable ne permettent pas une condamnation ni même une enquête pénales, le droit administratif prend en quelques sortes le relai, en attendant, peut-être, que de véritables éléments de preuve soient réunis. Une telle articulation des procédures fait également apparaître que le prononcé de telles mesures administratives n'exclut pas des poursuites pénales ultérieures. Ne s'agissant pas de sanctions prononcées à la suite de la commission d'une infraction, le principe du *ne bis in idem* ne semble pas, en effet, permettre de s'opposer à l'engagement ultérieur de la responsabilité pénale sur la base des mêmes éléments de faits¹³¹.

Pour discutable que soit la ligne de partage entre prévention et répression, elle ne semble pas davantage perturber le Conseil d'Etat que le Conseil constitutionnel. Tous deux, en effet, feignent de ne pas voir que les comportements considérés pourraient tout à fait constituer, s'ils étaient établis conformément aux règles de la

¹²⁵ Sur cette qualification, v. *infra* n°62.

¹²⁶ V. not. Cass. Crim., 7 janvier 2014, n°1385.246, *Publié au bulletin* : « Vu l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article préliminaire du code de procédure pénale, ensemble le principe de loyauté des preuves ; Attendu que porte atteinte au droit à un procès équitable et au principe de loyauté des preuves le stratagème qui en vicie la recherche par un agent de l'autorité publique ».

¹²⁷ V. not. CE, Juge des référés, 7 mai 2015, n° 389959 ; CE, Section du Contentieux, 11 décembre 2015, n°394991 et suspendant l'arrêté ayant prononcé une assignation à résidence après avoir procédé à des suppléments d'instruction : CE, ordonnance n°396116 du 22 janvier 2016, *M. B.*

¹²⁸ V. not. circulaire du 5 novembre 2016, préc.

¹²⁹ L'analyse nous paraît corroborée par la jurisprudence la plus récente de la Cour de Cassation ; v. *infra* n°39.

¹³⁰ V. *infra* n°61 et s.

¹³¹ Le risque semble d'autant plus faible que la Cour européenne développe une jurisprudence particulière en matière de terrorisme et qu'elle a récemment précisé, dans son arrêt CEDH, gr. ch., 15 nov. 2016, n° 24130/11, *A et B c/ Norvège*, les contours d'application du principe, atténuant notamment la portée que certains avaient cru pouvoir donner, en droit substantiel, au critère matériel retenu dans l'arrêt CEDH, gde ch., 10 févr. 2009, n° 14939/03, *Zolotouchine c/. Russie*.

procédure pénale, une infraction obstacle telles que l'association de malfaiteurs, le délit d'entreprise terroriste individuelle ou des actes de provocation ou d'apologie au terrorisme. Inlassablement, ils soulignent que ces mesures servent « *l'objectif de prévention des atteintes à l'ordre public* ». Les instructions gouvernementales, pourtant, manifestent clairement la porosité entre les deux cadres, assumant la possibilité d'« *exécution concomitante* » ou successive des mesures en enjoignant à « *veiller au relais entre ces mesures afin qu'il n'y ait pas de rupture dans la prise en charge des personnes concernées* ». C'est ainsi que le Ministère public doit informer le préfet de la date prévisible d'élargissement des détenus (condamnés ou en attente de jugement) ainsi que des personnes condamnées dont la peine privative de liberté n'a pas encore été mise à exécution¹³², afin que l'autorité administrative apprécie l'opportunité de l'adoption d'une mesure de police administrative.

35. La critique d'un contournement des garanties du droit pénal par le droit administratif pourrait être tempérée par la moindre gravité des mesures administratives. Cette nuance pourrait cependant, à son tour, être relativisée. D'abord parce que ces mesures sont, nous l'avons vu, gravement attentatoires aux droits et libertés fondamentaux et parfois identiques à des peines ou à des mesures de sûreté, ensuite, parce que leur violation est, systématiquement, pénalement sanctionnée. Or ce recours au droit pénal pour assurer l'effectivité des mesures administratives prononcées nous intéresse également en ce qu'elle est à l'origine d'une compétence indirecte du juge pénal.

2. La compétence indirecte du juge pénal

36. **Fondement de l'article 111-5 et solutions traditionnelles.** Sans rentrer dans le détail de dispositions éparses, il faut souligner que le non-respect des interdictions ou obligations administrativement prononcées permet l'engagement de la responsabilité pénale, la peine encourue étant lourde, le plus souvent une peine privative de liberté de plusieurs années d'emprisonnement¹³³. Pour que la culpabilité puisse être établie, il faudra alors prouver la violation de la mesure administrative considérée conformément aux règles du droit pénal ; une telle violation en connaissance de cause étant suffisante. Le droit pénal apparaît en effet ici comme purement sanctionneur, la simple désobéissance étant réprimée et aucun projet terroriste n'étant ici requis. Ce qui nous intéresse ici est qu'il en résulte une conséquence particulière : celle du retour du juge judiciaire jusqu'ici évincé, dans le contrôle des mesures administratives. En vertu de l'article 111-5 du Code pénal, en effet, « *Les juridictions pénales sont compétentes pour interpréter les actes administratifs, réglementaires ou individuels et pour en apprécier la légalité lorsque, de cet examen, dépend la solution du procès pénal qui leur est soumis.* » D'origine prétorienne, et ayant donné lieu à un âpre contentieux devant le Tribunal des conflits, cette compétence du juge pénal apparaît comme une dérogation importante au monopole des juridictions administratives dans l'appréciation de la légalité des actes administratifs¹³⁴... Exception à la conception traditionnelle de la séparation des pouvoirs, cette compétence du juge pénal trouve différentes justifications théoriques, parmi lesquelles le fait que la juridiction pénale soit une juridiction de « *plein contentieux* »¹³⁵. Il faut cependant souligner que l'exception d'illégalité n'est pas considérée comme un moyen de défense au fond, elle doit être soulevée *in limine litis*¹³⁶. Bien connue de certains contentieux

¹³² Circulaire du 5 novembre 2016, préc.

¹³³ Ici, semble pouvoir apparaître une difficulté au regard du principe du *ne bis in idem*, lorsque seraient engagées des poursuites à la fois sur le fondement de la violation d'une interdiction de sortie du territoire et du délit d'entreprise terroriste individuelle en raison d'un déplacement à l'étranger sur le théâtre d'opérations terroristes.

¹³⁴ V. Ch. VAUTROT-SCHWARZ, « La plénitude de juridiction du juge pénal sur l'interprétation et l'appréciation de la légalité des actes administratifs », in *Histoires et méthodes d'interprétation en droit criminel*, Dalloz, 2015, p. 60 et s. ; v. ég. J. MOREAU, « De la compétence des juridictions pénales pour apprécier la légalité des actes administratifs », *Procédures*, juin 2005, n°6, étude 7.

¹³⁵ Cet argument est cependant distingué du fondement de l'art. 111-5 du Code pénal dans la circulaire du 5 novembre 2016.

¹³⁶ La Cour de cassation a également admis que le moyen fondé sur l'illégalité de l'acte administratif soit relevé d'office ; v. Cass. Crim. 7 juin 1995, *Bull. crim.*, n°208 ; v. Ch. VAUTROT-SCHWARZ, « La plénitude de juridiction du juge pénal sur l'interprétation et l'appréciation de la légalité des actes administratifs », préc. Si la solution ne semble guère discutable dans le cadre de poursuites fondées sur la violation d'un acte administratif illégal, il paraît douteux qu'elle puisse être étendue aux mesures d'enquête qualifiées de police administrative malgré l'identité de fondement du contrôle du juge pénal. Sur cet aspect, v. *infra* n°58 et s.

comme celui des étrangers, de l'urbanisme ou du permis à point, sa mise en œuvre est beaucoup plus récente en matière de lutte contre le terrorisme, ce qui s'explique par le fait que les mesures administratives que nous avons étudiées le soient également. Leur prolifération promet cependant de nombreuses applications de cette compétence, et plusieurs décisions témoignent déjà des difficultés soulevées par les spécificités de la matière.

37. Nature et domaine du contrôle. En principe, le contrôle exercé par le juge pénal dans ce cadre ne diffère guère de celui opéré par le juge administratif, étant alors contrôlées la légalité externe de l'acte administratif considéré comme sa légalité interne, et donc le respect des conditions relatives au trouble à l'ordre public et à la proportionnalité de la mesure¹³⁷.

Même si l'on peut penser que la diversité de culture des deux ordres juridictionnels peut conduire à des divergences d'appréciation, il est difficile d'être affirmatif sur ce point. Ce qui est remarquable, en revanche, c'est l'autonomie traditionnelle des deux contrôles, au moins *in favorem*. Si l'annulation de l'acte administratif par le juge administratif antérieurement à la décision du juge pénal s'oppose à toute condamnation pénale¹³⁸, il ne faut pas en déduire, *a contrario*, qu'un recours infructueux devant la juridiction administrative prive toujours le justiciable de la possibilité de soulever cette exception d'illégalité¹³⁹. Il lui est toujours possible de contester la légalité de l'acte administratif considéré, même s'il n'avait pas introduit de recours par voie d'action devant la juridiction administrative. Et si un tel recours en annulation a été introduit mais n'a pas encore été jugé, le juge pénal n'a pas à sursoir à statuer, il examinera lui-même l'exception d'illégalité¹⁴⁰. On perçoit alors que le juge pénal s'arroge une compétence pleine et entière, autonome du contrôle exercé par le juge administratif. Mais, s'agissant d'une simple exception d'illégalité, il n'a pas le pouvoir d'annuler la mesure administrative jugée illégale ; sa violation ne pourra, simplement, pas donner lieu à condamnation pénale.

38. Effectivité du contrôle. Favorable au justiciable, cette compétence indirecte du juge pénal pour contrôler de la mesure administrative à l'origine des poursuites peut cependant se heurter à des difficultés pratiques. Les éléments factuels sur lesquels repose la mesure de police administrative antiterroriste émanent en effet bien souvent des services de renseignement, et sont relatés dans des « notes blanches » dont la valeur probante n'est pas subordonnée à des exigences équivalentes à celles des preuves en matière pénale. Sans encore entrer dans le débat de la conformité tels éléments aux exigences du procès équitable, le problème premier est qu'ils n'intègrent pas directement la procédure pénale. Or, même pour des mesures non privatives de liberté, doit être garantie la possibilité d'un contrôle effectif. S'agissant, par exemple, de l'interdiction de sortie du territoire, la Cour européenne n'a admis la conformité d'une telle mesure à l'article 2.2 du Protocole n° 4 qu'à condition qu'elle soit « nécessaire, dans une société démocratique, à la sûreté publique, au maintien de l'ordre public, [ou encore] à la prévention des infractions ». Au-delà de la similitude entre ces critères et les hypothèses légales de prononcé de la mesure, il faut souligner que la Cour exige également que « l'étendue du contrôle juridictionnel [permette] au tribunal de tenir compte de tous les éléments, y compris ceux liés à la proportionnalité de la mesure restrictive¹⁴¹ ». On perçoit alors le risque de contrariété à la Convention européenne que comporte un contrôle du juge judiciaire auquel tous les éléments recueillis par les services de renseignement ne sont pas communiqués, certains d'entre eux pouvant même, le cas

¹³⁷ Cela reste vrai dans le cadre des mesures de l'état d'urgence, bien que des acteurs aient pu défendre que tout contrôle d'opportunité des mesures était exclu dans ce cadre. La Chambre criminelle a ainsi cassé la décision qui avait invoqué cet argument dans son arrêt du 3 mai. V. Cass. Crim., 3 mai 2017, n°16-86.155, *Publié au bulletin*, et *supra* n°33.

¹³⁸ Cass. Crim., 12 mars 2008, n°07-84104, *Publié au bulletin*.

¹³⁹ Cass. Crim., 24 février 1976, n°75-91237, *Publié au bulletin* ; Crim., 4 mars 1986, n°85-93836, *Publié au bulletin*. Si l'autorité de la chose jugée semble bien s'imposer *in favorem*, il n'est pas certain que l'autonomie du contrôle exercé par le juge pénal soit absolue lorsque la question tranchée par le juge administratif est strictement identique. Les décisions souvent citées en faveur de l'autonomie semblent en effet, à une exception près (Crim., 4 mars 1986, *Bulletin criminel* n°89), relatives à des recours ne satisfaisant pas aux critères d'application de l'autorité de la chose jugée puisque les parties n'étaient pas identiques. Sur cet aspect, v. plus longuement Th. HERRAN et M. LACAZE, nous sous Cass. Crim., 13 décembre 2016, *AJ pénal*, jan. 2017, p. 137.

¹⁴⁰ Cass. Crim., 17 décembre 2014, n°13-86686, *Publié au bulletin* ; note E. FORTIS, RSC 2015, p.642.

¹⁴¹ CEDH, 27 novembre 2012, n°9713/05, *Stamose c/ Bulgarie* ; v. *ég.* CEDH, 2 décembre 2014, n°43978/09, *Battista c/ Italie*.

échéant, être classés secret-défense. Bien qu'il soit possible au juge pénal de demander à l'administration la communication de telles informations, la procédure est longue et souvent difficile, les services administratifs concernés n'étant pas toujours enclins à partager leurs informations¹⁴².

39. Au-delà du cadre légal de la déclassification du renseignement¹⁴³, la pratique et la jurisprudence ont alors développé d'autres canaux de transmission de l'information, qui font du Ministère public le vecteur essentiel de la communication entre les deux mondes. C'est ainsi que les Cellules de suivi *pour la prévention de la radicalisation et l'accompagnement des familles*¹⁴⁴ sont désignées comme des instances privilégiées de circulation des informations entre l'autorité administrative et les magistrats du parquet, et que la circulaire ministérielle du 5 novembre 2016 organise plus largement la transmission réciproque d'éléments relatifs aux mesures pénales ou administratives auxquelles les personnes concernées sont -ou pourraient être- soumises¹⁴⁵. Même si ces mécanismes ne concernent pas l'hypothèse ici envisagée d'un contrôle d'une mesure administrative par le juge pénal, et moins encore la transmission des éléments issus du renseignement au juge du siège compétent pour apprécier la légalité de la mesure pénalement sanctionnée, peut-être, néanmoins, ont-ils inspiré la Cour de cassation. Celle-ci a en effet récemment posé qu'« *il incombe au juge répressif, compétent pour apprécier la légalité des arrêtés d'assignation à résidence, de répondre aux griefs invoqués par le prévenu à l'encontre de cet acte administratif, sans faire peser la charge de la preuve sur le seul intéressé et en sollicitant, le cas échéant, le ministère public afin d'obtenir de l'autorité administrative les éléments factuels sur lesquels celle-ci s'était fondée pour prendre sa décision*¹⁴⁶ ». En cassant la décision qui avait admis la légalité de la mesure d'assignation à résidence sur le seul fondement d'une « *note blanche* », la Cour de cassation lève partiellement les incertitudes qui pouvaient exister sur la valeur probante de ces documents devant le juge judiciaire¹⁴⁷ et adopte une position qui semble vouloir concilier les particularités de la police administrative et le nécessaire respect des droits de la défense. L'étendue de l'obligation mise à la charge du juge pénal chargé du contrôle des mesures de police administrative de l'état d'urgence, déjà dérogée quelques semaines plus tôt en matière de perquisition administrative¹⁴⁸, est précisée. Mais alors que, s'agissant des perquisitions, aucun texte n'était invoqué au fondement de cette obligation, la Chambre criminelle vise ici explicitement l'article 2 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen¹⁴⁹ pour affirmer que « *le droit à la sûreté (...) commande au juge pénal, lorsqu'il envisage, dans un cas prévu par la loi, de prononcer une peine privative de liberté à l'encontre d'une personne poursuivie au seul motif qu'elle s'est soustraite à l'exécution d'un acte administratif la concernant, de s'assurer préalablement que l'obligation dont la violation est alléguée était nécessaire et proportionnée*¹⁵⁰ ». Bien que la formulation du principe ici

¹⁴² Une certaine méfiance des services de renseignement est souvent évoquée à l'égard du juge judiciaire, qu'il s'agisse de craintes de divulgation dans la presse en dépit du secret de l'enquête ou de révélations aux parties, notamment lorsqu'elles sont surveillées. Les pratiques judiciaires à cet égard semblent variables, v. not. CNCNDH, « [Avis sur la prévention de la radicalisation](#) », 18 mai 2017.

¹⁴³ Art. L2312-4 du Code de la défense.

¹⁴⁴ Circulaire du ministère de l'intérieur du 19 février 2015 : cellules de suivi dans le cadre de la prévention de la radicalisation, INTK1504882.

¹⁴⁵ Circulaire du 5 novembre 2016, préc.

¹⁴⁶ Cass. Crim., 3 mai 2017, n°16-86155, *Publié au bulletin*.

¹⁴⁷ V. *supra* n°33 sur la position du juge administratif.

¹⁴⁸ Cass. Crim., 28 mars 2017, n°16-85072 et n°16-85073 *Publiés au bulletin* ; note Ch. FONTEIX, *Dalloz Actualité*, 26 avril 2017 ; R. LETTERON, *préc.* ; note J.-B. PERRIER, *JCP-G*, n°17, 24 avril 2017, 473. Sur le fondement de la compétence du juge pénal en la matière, v. *infra* n°58 et s.

¹⁴⁹ « *Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression.* » En plus de consacrer explicitement le droit à la sûreté, cet article sert également de fondement à la consécration constitutionnelle du droit au respect de la vie privée ; v. Cons. const., 23 juill. 1999, n° 99-416 DC, décision suivie de nombreuses autres, comme par exemple Cons. const., 30 mars 2012, n° 2012-227 QPC. ; v. not. V. MAZEAUD, « La constitutionnalisation du droit au respect de la vie privée », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, [en ligne], n° 48 juin 2015. Même si cela aurait pu paraître audacieux, l'article 2 de la DDHC aurait alors certainement pu être invoqué à ce titre, en particulier s'agissant des perquisitions administratives.

¹⁵⁰ Un auteur relève justement que le Conseil Constitutionnel avait imposé au juge administratif d'opérer un tel contrôle de la nécessité et de la proportionnalité de la mesure dans sa décision n° 2017-624 QPC du 16 mars 2017, mais que celui-ci s'était alors fondé sur la liberté

dégagé soit propre aux mesures de police administrative pénalement sanctionnées, il semble que l'obligation de solliciter des informations pourrait trouver à s'appliquer au-delà de l'état d'urgence¹⁵¹. Ce qu'un auteur a appelé une « *sollicitation préjudicielle*¹⁵² » pourrait, en effet, être utile bien plus largement dans le contentieux de la légalité des mesures de polices administratives lorsque celui-ci est porté devant le juge pénal. Le fondement textuel de la compétence du juge pénal, trouvé dans l'article 111-5 du Code pénal, est identique¹⁵³. Les particularités procédurales issues de la dualité juridictionnelle et de l'appui sur des éléments extérieurs à la procédure pénale sont, en outre, communes aux mesures de police administrative de l'état d'urgence et à celles de « *droit commun* ».

40. Malgré les quelques garde-fous instaurés par la jurisprudence, les risques d'atteintes graves aux droits et libertés paraissent déjà manifestes s'agissant des mesures de neutralisation de la menace terroriste. Ils semblent encore supérieurs en matière d'enquête, en raison de la compétence parallèle des polices administrative et judiciaire dans l'identification du risque terroriste.

II. La compétence parallèle des polices administrative et judiciaire dans l'identification du risque terroriste

41. Si nous avons observé que le recours aux mesures administratives semblait utilisé quand il semble difficile d'apporter une preuve véritable de comportements susceptibles de constituer une infraction pénale, il peut paraître plus surprenant qu'un argument du même ordre soit avancé au stade pré-sentenciel. Avant condamnation, en effet, le droit pénal n'a pas besoin de certitudes et peut se contenter d'« *indices* » voire de « *simples raisons plausibles de soupçonner* » une infraction pour mettre en œuvre des mesures d'enquête, judiciaire ou policière. Dans le cadre des travaux préparatoires de la loi n° 2016-162 du 19 février 2016 portant prorogation de l'état d'urgence, pourtant, il a été avancé que le recours aux perquisitions administratives était justifié par la nécessité de pouvoir agir dans les « *zones grises* », quand les éléments n'étaient pas suffisants à l'engagement des poursuites... Rappelant l'idée d'une procédure pénale trop rigide et peu réactive, l'affirmation est certainement révélatrice de l'état d'esprit du législateur dans l'ensemble des lois récentes relatives au terrorisme. Délaissant le cadre de la procédure pénale, il a étendu les possibilités d'investigation dans un cadre de police administrative. Mais à la confusion ainsi créée dans les moyens d'investigation (A) s'ajoute une difficulté redoutable en raison de la porosité des procédures administratives et judiciaires (B).

A. La confusion des moyens d'investigation

42. Au cours des trente dernières années, le législateur a mis en place un ensemble de règles procédurales spécifiques à la matière terroriste. Largement dérogoire du droit commun, ce cadre normatif a pour objet de rendre efficace la lutte contre un type de criminalité caractérisé par sa dangerosité et sa complexité. Sans rentrer dans les détails, on peut relever deux traits essentiels. D'abord, la spécificité des règles de compétence, avec

d'aller et venir en non sur le droit à la sûreté. S'il n'est pas surprenant que le juge pénal ait ainsi fait siennes de telles exigences, la substitution de fondements opérée peut paraître « *curieuse* ». V. Sébastien FUCINI, *Dalloz actualités*, 30 mai 2017 ; note sous Cass. Crim., 3 mai 2017, 16-86.155, *Inédit*. Cette substitution n'est certainement pas neutre, d'autant que le moyen au pourvoi ne se fondait pas sur ce texte mais l'article 6 de la Convention européenne, sur lequel la Chambre criminelle reste silencieuse. Le fondement de l'article 2 est cependant bien plus signifiant que celui de la liberté d'aller et venir, qui aurait naturellement pu être invoqué avec la QPC du 16 mars 2017. Subrepticement, peut-être la Cour de Cassation souhaite-t-elle alors réaffirmer son rôle de gardien des libertés face à une mesure que législateur et Conseil constitutionnel ont refusé de considérer comme privative de liberté -et donc comme relevant du monopole institué par l'article 66 de la Constitution. V. ég., approuvant ce fondement, G. BEAUSSONIE, « La poursuite de la reconquête du contrôle de l'état d'urgence par la chambre criminelle », *Dalloz* 2017, p. 1175.

¹⁵¹ Dans le même sens, v. l'analyse de P. CASSIA, « Précision (bienvenue ?) sur les modalités selon lesquelles le juge pénal peut apprécier la légalité d'un acte individuel de police administrative », *Dalloz* 2017, p. 1169.

¹⁵² J.-B. PERRIER, « Le juge pénal et le contrôle des perquisitions administratives », *JCP-G* n° 17, 24 Avril 2017, 473, note Cass. Crim., 28 mars 2017, n° 16-85.073, *Publié au bulletin*.

¹⁵³ Sur celui-ci, s'agissant des mesures d'enquête, voir plus longuement *infra* n°57 et s.

l'existence de magistrats spécialisés, du parquet comme du siège, dont la compétence est concurrente de celles des juridictions territorialement compétentes¹⁵⁴. Ensuite, la spécificité des règles régissant l'enquête, policière ou judiciaire, qui facilitent la recherche de la preuve. En matière terroriste, la garde à vue peut ainsi atteindre quatre jours, voire six en cas de menace imminente ou de nécessités liées à la coopération internationale, et l'assistance d'un avocat est reportée à la 72^{ème} heure. Des techniques spéciales d'enquêtes sont également autorisées, telles que l'infiltration, des saisies et perquisitions de nuit, des écoutes téléphoniques désormais permises dès le stade de l'enquête préliminaire, la captation de données informatiques ou encore l'existence de « *cyberpatrouilles* » constituées d'enquêteurs spécialement habilités¹⁵⁵. Mais alors que le gouvernement avait estimé, en réponse aux demandes de « *patriot act* » à la française ayant suivi les attentats de janvier 2015, que le dispositif pénal permettait une lutte efficace contre le terrorisme¹⁵⁶, ceux-ci n'ont pas moins précipité l'adoption de la loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 *relative au renseignement*. Or cette loi a considérablement accentué la difficulté à distinguer les polices judiciaire et administrative, mouvement qui se poursuit dans le cadre de l'état d'urgence et des dernières lois pénales adoptées en matière de lutte contre le terrorisme. Le choix d'une qualification administrative des opérations de renseignement (1) et la mise en place de mesures d'enquête administratives (2) paraît en effet reposer sur des critères des plus incertains.

1. Surveillance et renseignement

43. Alors que le projet de loi relatif au renseignement avait suscité d'importantes réserves de la part de l'ensemble des autorités administratives indépendantes consultées, il a été approuvé par le Conseil d'Etat et adopté sans difficulté par le parlement. Soumis au Conseil constitutionnel, il a été, presque entièrement, jugé conforme à la Constitution¹⁵⁷. Outre l'adaptation à la menace terroriste actuelle, un des arguments des défenseurs du projet était que celui-ci permettait de « *légaliser* » des pratiques préexistantes et d'améliorer ainsi les garanties des justiciables¹⁵⁸. Il est vrai, en effet, que la surveillance et le renseignement ne sont pas nés avec la loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015. En particulier, le Code de la sécurité intérieure avait intégré les dispositions d'une loi de 1991 permettant la réalisation d'« *interceptions de sécurité* », c'est-à-dire des écoutes téléphoniques et des interceptions de correspondances administratives. Ordonnées par le Premier Ministre et soustraites à tout contrôle juridictionnel, ces mesures pouvaient être ordonnées afin de « *rechercher des renseignements intéressant, [notamment] la sécurité nationale ou la prévention du terrorisme* ». D'une conformité au droit européen plus que douteuse, ces interceptions étaient cependant théoriquement limitées à une surveillance d'individus déterminés¹⁵⁹. La loi relative au renseignement constitue en ce sens une rupture, pour instaurer des mesures de surveillance de masse

¹⁵⁴ Art. 706-17 et s. du Code de procédure pénale.

¹⁵⁵ Titre XV du Livre IV du Code de procédure pénale ; art. 706-16 et s.

¹⁵⁶ La répétition des attaques terroristes a eu raison de cette position, les lois n° 2016-731 du 3 juin 2016, et n° 2017-258 du 28 février 2017 étant, depuis, intervenues pour modifier le « *droit commun* », et une nouvelle loi étant d'ores et déjà annoncée ; v. *supra* note 30.

¹⁵⁷ Cons. Const. Décision n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015, *Loi relative au renseignement*. La seule censure d'importance concernait le les dispositions relatives à la surveillance internationale, le législateur n'ayant pas défini « *ni les conditions d'exploitation, de conservation et de destruction des renseignements collectés en application de l'article L. 854-1, ni celles du contrôle par la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement de la légalité des autorisations délivrées en application de ce même article et de leurs conditions de mise en œuvre* ». La loi n° 2015-1556 du 30 novembre 2015 *relative aux mesures de surveillance des communications électroniques internationales* est alors intervenue pour réintroduire l'article 854-1 du CSI en entourant ces mesures de surveillance de garanties supplémentaires. Notons que la décision QPC 2016-590 du 21 octobre 2016 a jugé contraire à la Constitution la surveillance des communications hertziennes, faute d'encadrement légal suffisant.

¹⁵⁸ Sur cet aspect, v. not. N. CATELAN, « Les nouveaux textes relatifs au renseignement : un moindre mal », *RSC* 2015, p. 922 ; O. DESAULNAY et R. OLLARD, « Le renseignement français n'est plus hors-la-loi », *Droit pénal* 2015, étude 17 ; B. WARUSFEL, « Justice et sécurité nationale : l'apport de la loi sur le renseignement », *Cahiers de la sécurité et de la justice*, n°31. V. ég., sur l'émergence et l'importance d'un contrôle parlementaire des activités de renseignement : S.-Y. LAURENT, Sébastien-, « Le contrôle parlementaire du renseignement (1971-2015) : les enjeux politiques d'une tardive banalisation », in *Parcours d'un historien du politique. Mélanges en l'honneur de Bernard Lachaise*, Metz, éditions Riveneuve, 2015.

¹⁵⁹ Sur ces interceptions, v. not., « Le droit au secret des correspondances », in *Traité des droits de la personnalité*, Lexis Nexis, 2013.

accompagnées d'un cadre légal véritable¹⁶⁰ et de la création d'un recours administratif spécifique. A des fins, notamment mais pas seulement¹⁶¹, de « *prévention du terrorisme* », les services spécialisés de renseignement peuvent désormais recourir à différentes techniques sur autorisation du Premier Ministre, après avis consultatif d'une autorité administrative indépendante¹⁶².

44. Techniques de renseignement. Quant aux mesures permises par la loi¹⁶³, s'ajoutent ainsi aux interceptions de correspondance, des mesures de géolocalisation, des mesures de sonorisation de certains lieux et véhicules, de captation d'images et de données informatiques, des mesures de surveillance de masse des données de connexion censées détecter les « *signaux faibles*¹⁶⁴ » ainsi que des mesures de surveillance de proximité dites d'« *IMSI-catcher* », c'est-à-dire des fausses antennes relais qui peuvent capter l'ensemble des communications téléphoniques dans un périmètre déterminé¹⁶⁵. Bien que de nombreuses instances se soient émues des atteintes impliquées au droit au respect de la vie privée par la mise en place d'une « *surveillance de masse* » là où la procédure pénale exige des soupçons à l'égard d'une personne déterminée pour justifier des atteintes à la vie privée¹⁶⁶, la loi n°2016-987 du 21 juillet 2016 n'en a pas moins étendu la possibilité d'une surveillance en temps réel à l'entourage de la personne « *susceptible d'être en lien avec une menace*¹⁶⁷ », et le dernier rapport de la Délégation parlementaire au renseignement préconise la même extension s'agissant de la géolocalisation¹⁶⁸. Par ailleurs, le renseignement pénitentiaire a fait l'objet d'une attention particulière et a été plusieurs fois renforcé ces derniers mois¹⁶⁹. Mais outre l'identité de certaines de ces mesures avec des techniques connues du code de procédure pénale¹⁷⁰, ce qui retient ici notre attention est l'exclusion totale du juge judiciaire, que ce soit au stade de l'autorisation des mesures ou de leur contrôle.

¹⁶⁰ Art. L 801-1 et S. du CSI, et article commençant par affirmer que « *Le respect de la vie privée, dans toutes ses composantes, notamment le secret des correspondances, la protection des données personnelles et l'inviolabilité du domicile, est garanti par la loi* ».

¹⁶¹ L. 811-3 du CSI. Le texte vise les « *renseignements relatifs à la défense et à la promotion des intérêts fondamentaux de la Nation* » que sont l'indépendance nationale, l'intégrité du territoire et la défense nationale ; les intérêts majeurs de la politique étrangère, l'exécution des engagements européens et internationaux de la France et la prévention de toute forme d'ingérence étrangère ; les intérêts économiques, industriels et scientifiques majeurs de la France ; la prévention du terrorisme, des atteintes à la forme républicaine des institutions, des actions tendant au maintien ou à la reconstitution de groupements dissous en application de l'article L. 212-1, des violences collectives de nature à porter gravement atteinte à la paix publique, de la criminalité et de la délinquance organisées et de la prolifération des armes de destruction massive. Quelques dispositions sont cependant spécifiques à la lutte contre le terrorisme.

¹⁶² Art. L. 821-1 et s. du CSI. L'avis préalable de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement n'est pas requis en cas d'« *urgence absolue* » ; art. L. 821-5 du CSI.

¹⁶³ Art. L851-1 et s. du CSI.

¹⁶⁴ A cet égard et sur l'évolution de l'approche des services de renseignement, v. not. S.-Y. LAURENT, « *Plaidoyer pour un tournant analytique du renseignement et de la prospective* », *Revue Défense Nationale*, n°775, déc. 2014.

¹⁶⁵ Cette technique a été particulièrement discutée pour conduire à une surveillance indiscriminée dans un certain périmètre géographique. En outre, s'il avait au départ été annoncé que ces dispositifs ne seraient utilisés que pour « *l'identification d'un équipement terminal ou du numéro d'abonnement de son utilisateur, ainsi que les données relatives à la localisation d'un équipement terminal* », les textes permettent également une interception véritable des correspondances, le contenu de celle-ci et non simplement les données de connexion pouvant alors faire l'objet d'une surveillance.

¹⁶⁶ V. not. v. CNCDH, Avis du 16 avril 2015 ; Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), Avis du 19 mars 2015 ; Défenseur des droits, Avis n°15-04 du 2 avril 2015.

¹⁶⁷ L. 851-2 CSI.

¹⁶⁸ Rapport n°4573 (AN) e n°448 (Sénat) *relatif à l'activité de la délégation parlementaire au renseignement pour l'année 2016*, 2 mars 2017.

¹⁶⁹ Art. 727-1 du CPP, modifié par la loi n°2016-731 du 3 juin 2016 et par la loi n°2017-258 du 28 février 2017 ; art. L855-1 CSI, créé par la loi n°2017-258 du 28 février 2017 ; v. ég. Arrêté du 14 avril 2017 *portant création des délégations locales au renseignement pénitentiaire* ; décret n° 2017-749 du 3 mai 2017 *relatif à la désignation des services relevant du ministère de la justice pris en application de l'article L. 855-1 du code de la sécurité intérieure*. Quelques réserves ont été formulées par la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (CNCTR), saisie pour avis ; v. délibération n° 3/2016 du 8 décembre 2016 délibération n° 1/2017 du 16 mars 2017. V. ég. Les critiques, plus sévères, formulées par la CNCDH dans son avis précité du 18 mai 2017. Notons que la circulaire du 5 novembre 2016 prévoit explicitement l'échange d'informations relatives au comportement en détention susceptible de fonder une mesure administrative.

¹⁷⁰ Une telle identité a été encore renforcée par la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016, dans un sens contraire à celui de la loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015, puisque le recours au IMSI-Catcher, qui était une spécificité du renseignement, est désormais prévu dans un cadre pénal, à l'art. 706-95-4 et 706-95-5CPP.

45. Cadre procédural. Alors, en effet, que toute mesure d'écoute téléphonique, d'interception de communication ou de géolocalisation doit être, dans le cadre de la procédure pénale, autorisée par un magistrat et peut faire l'objet d'un contrôle par un juge *a posteriori*, la décision est ici purement administrative. Le recours institué n'est cependant pas sans soulever d'importantes difficultés. Outre un recours devant l'autorité administrative indépendante créée par la loi, celle-ci met en place un recours devant le Conseil d'Etat. Sans rentrer dans les détails, on soulignera que celui-ci est très particulier à bien des égards. D'abord, la formation du Conseil d'Etat est particulière dès lors que le secret-défense est susceptible d'être menacé. Mais surtout, la procédure limite fortement le contradictoire et la décision rendue ne comporte pas de motivation : le Conseil d'Etat doit simplement communiquer aux parties si la personne a effectivement subi des mesures de surveillance illégales ou si ce n'est pas le cas. Dans cette dernière hypothèse, la personne n'est pas informée de la réalité ou non de la mise en place des mesures de surveillance¹⁷¹. Or, on touche là à un problème essentiel de la loi renseignement, qui bafoue très clairement les conditions posées par la jurisprudence européenne en matière de surveillance de masse¹⁷². A aucun moment, la loi française ne prévoit d'information des personnes surveillées, même *a posteriori* et même, nous l'avons vu, lorsqu'elles engagent un recours devant le Conseil d'Etat. Or, en l'absence d'une telle information, et même si la saisine du Conseil d'Etat n'exige pas de prouver que l'on a effectivement fait l'objet d'une telle mesure il paraît difficile de considérer que la loi a instauré un recours effectif au sens du droit européen¹⁷³...

La situation, paraît, sur dernier ce point, moins discutable s'agissant d'autre part, des mesures d'enquête administratives de l'état d'urgence.

¹⁷¹ Cela apparaît clairement dans les premières décisions de la formation spécialisée du Conseil d'Etat qui ont été rendues le 19 octobre 2016. Sur les 15 requêtes examinées, aucune n'obtint satisfactions. S'agissant de celles portant sur un refus de la CNIL de donner accès à des données contenues dans des fichiers, les refus de transmission ont été jugés réguliers. Quant à celles portant sur un contrôle de la légalité des techniques de renseignement, le Conseil d'Etat indique avoir procédé à la vérification prévue par la loi mais que celle-ci « n'appelle aucune mesure de la part du Conseil d'Etat ». V. respectivement, CE, 19 octobre 2016, n°396503, *M.M.* ; n°396505, *M.L.* ; n°396512, *M.K.* ; n°396521, *M.J.* ; n°396524, *M.I.* ; n°396558, *M.H.* ; n°396561, *M.G.* ; n°396635, *M.F.* ; n°396958, *M.D.* ; n°397623, *Mme A.* ; n°400688, *M.C.* ; n°401976, *M.A.* et CE, 19 octobre 2016, n°396518, *Mme C.* ; n°398354, *M.E.* ; n°398356 ; *M.B.* ; v. Communiqué [en ligne] ; v. S. GOTTOT, « Renseignement : premières décisions de la formation spécialisée du Conseil d'Etat », *AJDA* 2017, p. 581.

¹⁷² V. not. CEDH, 12 janvier 2016, n° 37138/14, *Szabó et Vissy c/ Hongrie*, constatant une violation de l'article 8 mais non de l'article 13 pour une surveillance secrète de toute personne, même hors des catégories initialement visées, par le pouvoir exécutif et sans recours effectif. Soulignons que la Cour européenne va bientôt être amenée à se prononcer sur la conformité à la Convention de la loi 2015-912 relative au renseignement. Le 26 avril 2017, elle a en effet jugé recevable la requête 49526/15 formée par l'association confraternelle de la presse judiciaire ainsi que 11 autres requêtes. V. not. <http://libertes.blog.lemonde.fr>. V. ég., plus largement, le Document de travail édité par la division Recherche et Bibliothèque de la Cour européenne pour le séminaire d'ouverture de l'année judiciaire 2016, « Les cours internationales et nationales confrontées à des violations des droits de l'homme sur large échelle ».

¹⁷³ Une remarque similaire pourrait certainement être formulée s'agissant de l'accès administratif aux données de connexion, désormais transféré aux articles L851-1 et s. du CSI, et qui repose sur l'obligation générale de conservation de l'ensemble des données de connexion par les opérateurs de télécommunication, instituée par la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004. Or la Cour de Justice de l'Union européenne a récemment jugé que le droit de l'Union « s'oppose à une réglementation nationale prévoyant, à des fins de lutte contre la criminalité, une conservation généralisée et indifférenciée de l'ensemble des données relatives au trafic et des données de localisation de tous les abonnés et utilisateurs inscrits concernant tous les moyens de communication électronique » ; v. CJUE, gr. ch., 21 décembre 2016, C 203/15, *Sverige AB Tele2*, et C 698/15 *Secretary of State for the home department* ; J.-Ph. FOEGLE, « L'État de surveillance au régime sec : la CJUE renforce la prohibition de la surveillance "de masse" », *La Revue des droits de l'homme*, [En ligne], *Actualités Droits-Libertés*, 8 février 2017. Le Conseil d'Etat, saisi de la légalité du décret d'application encadrant l'accès administratif aux données de connexion, avait pourtant jugé que le texte « ne porte pas une atteinte disproportionnée aux droits et libertés garantis par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales » et a refusé de soulever une question préjudicielle, considérant que « la conservation préventive des données de connexion » instituée respecte bien le cadre posé par le droit de l'Union européenne ; v. CE, 12 février 2016, 12 février 2016, n°388134, *Inédit au recueil Lebon*. Le Conseil Constitutionnel, pour sa part, a jugé les dispositions légales conformes à la Constitution dans sa décision n° 2015-478 QPC du 24 juillet 2015. Il faut souligner qu'il a considéré que « les réquisitions administratives excluant l'accès au contenu des correspondances ; (...) elles ne sauraient méconnaître le droit au secret des correspondances et la liberté d'expression ». Une telle analyse, là, encore, semble s'écarter de la jurisprudence européenne comme de celle de la Cour de cassation, qui ont rattaché une adresse IP à la catégorie des données personnelles (au moins à l'égard des fournisseurs d'accès) ; v. CJUE, 19 octobre 2016 C-582/14, *Breyer* et Cass. Civ. 1, 3 novembre 2016, 15-22.595, *Publié au bulletin*.

2. Enquête administrative de l'état d'urgence

46. Déjà très discutable dans le cadre des mesures de surveillance précédemment étudiées, le critère finaliste adopté par la jurisprudence constitutionnelle semble être devenu purement formel dans le cadre de l'état d'urgence.

47. **Perquisitions administratives.** L'état d'urgence permet effet des perquisitions administratives¹⁷⁴ « 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 ». Le texte issu de la loi n° 2015-1501 du 20 novembre 2015 prévoyait également la possibilité d'accéder aux données informatiques des équipements présents sur les lieux, disposition censurée par le Conseil constitutionnel, qui a qualifié cette mesure de saisie¹⁷⁵. Pour le reste, ces perquisitions ont été jugées conformes à la Constitution¹⁷⁶, et en particulier à l'article 66 de la Constitution et au droit au respect à la vie privée, bien qu'elles soient possibles de jour comme de nuit, y compris dans des domiciles privés. Le Conseil constitutionnel a en effet approuvé l'exclusion de tout contrôle judiciaire, au motif qu'elles « relèvent de la seule police administrative, y compris lorsqu'elles ont lieu dans un domicile, [et] ne peuvent avoir d'autre but que de préserver l'ordre public et de prévenir les infractions¹⁷⁷ ». On retrouve alors le critère finaliste traditionnel, même si le Conseil n'a pas reproduit la suite de sa formule de principe, indiquant traditionnellement que le procédé « ne peut être mis en œuvre pour constater des infractions à la loi pénale, en rassembler les preuves ou en rechercher les auteurs¹⁷⁸ ». C'est qu'en matière de perquisition, le critère paraît particulièrement faible...l'objet-même d'une perquisition paraissant être la découverte d'éléments de preuve¹⁷⁹. On peut noter, d'ailleurs, que la loi relative à l'état d'urgence impose que ces perquisitions soient réalisées en présence d'un officier de police judiciaire et donnent lieu à information du Ministère public. Or, comme celui-ci n'a aucun pouvoir de contrôle, son information ne paraît pas avoir d'autre but que de faciliter le basculement vers une procédure pénale en cas de découverte d'éléments permettant d'envisager des poursuites judiciaires¹⁸⁰. Là encore, alors, le critère affiché de la distinction entre prévention et recherche de preuve semble bien dissimuler un autre critère...celui de la plus grande souplesse du droit administratif. Les travaux préparatoires à la loi n° 2016-162 du 19 février portant prorogation de l'état d'urgence ne s'en cachent d'ailleurs pas. C'est ainsi que l'on peut lire dans le rapport de la commission des lois de l'Assemblée Nationale que « chacun a bien compris que ces perquisitions étaient utilisées dans les (...) dossiers dans lesquels les éléments

¹⁷⁴ L'état d'urgence n'est pas le seul cadre possible pour des perquisitions administratives ; v. not. J.-B. PERRIER, « Perquisitions et administrations », *AJ Pénal*, mai 2016, p. 242 ; J. PRADEL, note préc. ; G. ROUSSEL, « La perquisition : de la recherche de preuves à la recherche d'unité », *AJ Pénal* mai 2016, p. 236. Les perquisitions de l'état d'urgence ont cependant ceci de particulier qu'elles ne s'inscrivent pas dans une procédure administrative répressive mais ne peuvent, le cas échéant, que déboucher sur des poursuites pénales ; v. not. Th. HERRAN, « Le contrôle des perquisitions administratives à l'occasion des procédures judiciaires incidentes à l'état d'urgence », *Gaz. Pal.*, n° 27, 19 juillet 2016, p. 75 ; J.-H. ROBERT, art. préc.

¹⁷⁵ Décision n° 2016-536 QPC du 19 février 2016, [Perquisitions et saisies administratives dans le cadre de l'état d'urgence].

¹⁷⁶ Les perquisitions fondées sur les dispositions de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 dans sa rédaction résultant de l'ordonnance n° 60-372 du 15 avril 1960 (modifiées par la loi n° 2015-1501 du 20 novembre 2015) ont été jugées contraires à la Constitution, sans que cela puisse avoir de conséquences sur les procédures pénales incidentes ; v. Décision n° 2016-567/568 QPC du 23 septembre 2016, *M. Georges F. et autres* [Perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence II]. V. not., qualifiant de « scandaleuse » cette décision de « geler » les effets de l'inconstitutionnalité des quelques 800 perquisitions réalisées sous l'empire de ces dispositions, P. CASSIA, note préc., *Dalloz*2017, p. 1162.

¹⁷⁷ Décision n° 2016-536 QPC du 19 février 2016, [Perquisitions et saisies administratives dans le cadre de l'état d'urgence]. Seule une réserve est ajoutée quant à la nécessité du recours aux perquisitions de nuit, qui ne sera introduite dans la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 que par la loi n° 2017-258 du 28 février 2017. Sur cette décision, v. not. les critiques justement formulées par O. CAHN, « Un État de droit, apparemment... », *AJ pénal* 2016, p. 201.

¹⁷⁸ On peut souligner que le Conseil d'Etat lui-même perd parfois de vue la distinction. C'est ainsi qu'il a pu indiquer qu'« il n'est pas nécessaire que la motivation de la décision [ordonnant la perquisition] fasse état d'indice d'infraction pénale ». Or, plus que cela, si la motivation devait reposer sur de tels indices, il faudrait en déduire que la perquisition ne peut être de police administrative et devrait nécessairement relever de la police judiciaire. CE, avis. 6 juil. 2016, préc., §3.

¹⁷⁹ La Cour de cassation définit ainsi les perquisitions comme une « opération de police judiciaire visant à rechercher tous objets, documents, la découverte peut être utile à la manifestation de la vérité et susceptibles de au domicile d'une personne ou en un lieu fermé » ; v. Cass. Crim., 26 février 2014, n° 13-87065, *Publié au bulletin*. V. ég. CE, Juge des référés, 14 novembre 2005, n°286835, préc., note 17.

¹⁸⁰ V. not. N. RORET, « Etat d'urgence : quel rôle pour le juge pénal ? », *Gaz. Pal.*, 22 mars 2016, n°12.

n'étaient pas suffisants pour engager des poursuites judiciaires, mais suffisants pour que les services espèrent découvrir quelque chose¹⁸¹ ». Si l'on pense que les perquisitions sont possibles, en matière de terrorisme, dès le stade de l'enquête policière, et qu'elles peuvent désormais avoir lieu de nuit dans le cadre d'une enquête de flagrance mais aussi d'une simple enquête préliminaire¹⁸², il est pourtant permis de sérieusement douter de l'argument¹⁸³. Tout laisse plutôt à penser que le législateur a simplement souhaité soustraire ces mesures à tout contrôle de l'autorité judiciaire, et aux contraintes qui pèsent sur une procédure originellement de nature pénale¹⁸⁴.

48. Saisies administratives de données informatiques. Ce sentiment a été encore renforcé par la création, dans la loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016, d'une procédure de saisie administrative des « données contenues dans tout système informatique ou équipement terminal présent sur les lieux de la perquisition (...) soit par leur copie, soit par la saisie de leur support », le juge administratif des référés pouvant ensuite autoriser l'exploitation des données informatiques à l'exclusion des « éléments dépourvus de tout lien avec la menace¹⁸⁵ ». Fortement inspirée de la procédure pénale, le juge administratif des référés empruntant les habits du JLD, cette mesure paraît pourtant relever d'une contradiction dans les termes. En l'absence de dangerosité intrinsèque des données saisies, on peine à concevoir la dimension préventive de la mesure, et il semble d'autant plus difficile de considérer que de telles saisies n'ont pas pour but de réunir des éléments de preuve qu'elles sont subordonnées à ce que « la perquisition révèle l'existence d'éléments, notamment informatiques, relatifs à la menace que constitue pour la sécurité et l'ordre publics le comportement de la personne concernée ». Les précautions de langage du législateur, qui vise bien une seule « menace pour l'ordre public » et non le soupçon d'une infraction, dissimulent mal le caractère illusoire du critère finaliste en la matière. A ce stade pré-sentenciel où, par définition, aucune infraction n'est encore véritablement prouvée, la distinction entre recherche d'éléments relatifs à une infraction et relatifs à une simple menace, intellectuellement possible, paraît absolument impraticable. Malgré ces difficultés souvent relevées, le Conseil constitutionnel a approuvé ces distinctions et avalisé l'existence de « données copiées [qui] caractérisent une menace sans conduire à la constatation d'une infraction », jugeant plus largement, ces mesures de saisies administratives conformes à la Constitution¹⁸⁶.

49. Mais si perquisitions et saisies administratives auraient dû disparaître avec l'état d'urgence, la porosité croissante des procédures administratives et pénales dépasse largement ce cadre d'exception, ce qui pose de nouveau la question du regard ultérieur du juge pénal.

B. La porosité des procédures administrative et judiciaire

50. Bien que formellement non destinées à rechercher la preuve de comportement pénalement répréhensibles, les mesures que nous venons d'étudier peuvent bien conduire à la découverte d'éléments établissant la commission

¹⁸¹ Rapport n°3495, AN, 11 février 2016.

¹⁸² Art. 706-91 CPP pour l'instruction, 706-89 CPP pour l'enquête de flagrance et 706-90 CPP pour l'enquête préliminaire.

¹⁸³ V. cependant, J. PRADEL, « Les perquisitions administratives ou la chambre criminelle de la Cour de cassation contre tous », préc.

¹⁸⁴ L'audition du 8 janvier 2016 M. de P. CALVAR, directeur général de la sécurité intérieure et de Mme M. BALLESTRAZZI, directrice centrale de la police judiciaire au Ministère de l'intérieur, est à cet égard édifiante en ce qu'ils indiquent que le renseignement permet ici d'agir « en amont » du cadre judiciaire, sans avoir à « 'habiller' [la] cible en procédure judiciaire » ; v. Rapport sur le contrôle parlementaire de l'état d'urgence n°3784, 25 mai 2016.

¹⁸⁵ Comme le relève justement un auteur, cette condition est pour le moins étrange dès lors que seul l'accès au contenu des données permettra effectivement de savoir si celles-ci sont ou non en relation avec la menace. V. A. ROBLOT-TROIZIER, « Chronique de jurisprudence- Droit administratif et droit constitutionnel », RFDA, p.182. Le Rapport n° 220 de la commission des lois fait état de 91 demande d'exploitation entre juillet et décembre 2016.

¹⁸⁶ Décision n° 2016-600 QPC du 2 décembre 2016, [Perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence III] ; seule la question de la conservation des données a donné lieu à une abrogation partielle de la nouvelle rédaction de l'article 11.

d'une infraction¹⁸⁷. En droit commun, de telles découvertes conduisent naturellement au basculement de l'opération vers une enquête de flagrance, opération de police judiciaire. Dans le cadre particulier de la lutte contre le terrorisme, cependant, la confusion observée de la prévention et de la répression comme le développement des enquêtes de police administrative soulèvent des difficultés particulières. Celles-ci sont relatives au critère du basculement vers une procédure de police judiciaire (1) et à la possibilité d'intégrer les éléments découverts à une procédure pénale (2).

1. L'incertain critère de basculement vers une procédure de police judiciaire

51. La question du basculement d'une opération de police administrative vers une procédure de police judiciaire soulève des difficultés nouvelles dans le domaine particulier de la lutte contre le terrorisme, dans le cadre de l'état d'urgence comme des activités de renseignement.

52. Perquisitions et saisies administratives. Lorsqu'une perquisition administrative est menée dans le cadre de l'état d'urgence, la constatation d'une infraction doit simplement conduire au basculement vers une procédure de nature pénale¹⁸⁸. Des difficultés particulières sont pourtant susceptibles d'apparaître s'agissant de la procédure de saisie administrative instituée par la loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016¹⁸⁹, qui semble permettre de repousser un tel basculement. Pour qu'une telle saisie puisse avoir lieu, en effet, il faut que « *la perquisition révèle l'existence d'éléments, notamment informatiques, relatifs à la menace que constitue pour la sécurité et l'ordre publics le comportement de la personne concernée*¹⁹⁰ », mais certainement pas qu'une « *une infraction [soit] constatée* », sans quoi « *l'officier de police judiciaire en dresse procès-verbal, procède à toute saisie utile* » dans un cadre qui ne peut être que celui de l'enquête (pénale) de flagrance. Bien qu'elle ait convaincu le Conseil Constitutionnel¹⁹¹, la distinction n'en semble pas moins particulièrement fragile. Car s'il est effectivement possible qu'une infraction soit immédiatement constatée au cours de la perquisition (par exemple, des faits d'apologie du terrorisme), le plus fréquent sera certainement que les données en question permettent seulement de soupçonner la commission d'une infraction pénale, obstacle ou de prévention. Faut-il alors considérer, par exemple, que l'observation, dans l'historique du navigateur internet, de la consultation de sites internet montrant des exécutions ou paraissant expliquer comment fabriquer une bombe artisanale constituent de simples éléments « *relatifs à la menace* » ou bien des indices d'une infraction pénale (délit de l'article 421-2-5-2 du Code pénal, entreprise terroriste individuelle, association de malfaiteurs...) justifiant le basculement vers une procédure de nature pénale ? Et, à supposer que l'enquête se poursuive dans le cadre administratif de l'état d'urgence alors même que des indices véritables seraient apparus, faudrait-il alors constater un détournement de procédure entraînant l'irrégularité de la saisie ? Une réponse positive paraît abstraitement

¹⁸⁷ Ainsi les chiffres officiels font-ils état, entre le 1^{er} décembre 2015 et le 21 décembre 2015, de 3389 perquisitions ayant donné lieu à 239 poursuites pénales et au prononcé de 75 peines. Les procédures pénales engagées le sont cependant le plus souvent sur le fondement d'infractions de droit commun, seules 20 procédures étant relatives à des faits d'association de malfaiteurs en relation avec une entreprise terroriste et 41 pour des faits d'apologie du terrorisme ou d'extraction et reproduction de données faisant l'apologie du terrorisme. Les rapports soulignent également des variations selon les différentes phases de l'état d'urgence et la « *contribution modeste* » des perquisitions administratives à l'activité du parquet antiterroriste. Par comparaison, dans la période citée, 169 procédures de police judiciaire ont été ouvertes pour des faits de terrorisme. V. respectivement, et avec d'autres statistiques, notamment territoriales : CNCNDH, *Rapport préc.* du 26 janvier 2017 ; *Rapport n°4298 sur le projet de loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence*, AN, 12 décembre 2016.

¹⁸⁸ L'évidence de l'affirmation ne semble cependant pas toujours partagée, le Directeur des libertés publiques et des affaires juridiques au Ministère de l'intérieur ayant pu exposer, au contraire, que « *Si l'on constate une infraction, notamment si l'on découvre une arme, l'OPJ procède à une saisie et ouvre une procédure judiciaire de son fait. Mais la perquisition administrative se poursuit en parallèle. La Chancellerie et nous sommes parfaitement d'accord sur cette interprétation. Chacun joue son rôle de manière indépendante.* » V. *Rapport n°3784 de la Commission des lois, Assemblée nationale*, 25 mai 2016, [\[en ligne\]](#).

¹⁸⁹ V. *supra* n°48.

¹⁹⁰ Art. 11 de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955.

¹⁹¹ Décision n° 2016-600 QPC du 2 décembre 2016, [Perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence III], *préc.*

devoir s'imposer. En pratique pourtant, et au vu de la procédure particulière instituée, il est pourtant permis de douter que la jurisprudence se prononcera en ce sens¹⁹².

53. Déjà prégnantes dans le cadre de l'état d'urgence, les difficultés quant à la détermination du moment auquel la procédure doit basculer vers un cadre de police judiciaire sont certainement encore plus importantes s'agissant des activités de renseignement.

54. **Renseignement et ouverture d'une enquête de police judiciaire.** Comme nous l'avons déjà observé, les renseignements sont suffisants pour justifier des mesures administratives de neutralisation du risque terroriste. Mais nous avons également souligné que les éléments de faits retenus pour prononcer ces mesures peuvent, très souvent, également constituer des infractions obstacle et que ce n'est pas, en pratique, leur domaine respectif mais plutôt la certitude du projet criminel et la nature des informations qui l'établissent, qui déterminent le choix entre mesures de police judiciaire ou administrative¹⁹³. S'agissant du renseignement, le problème est alors de savoir si ces informations, en elles-mêmes insuffisantes pour établir la culpabilité, peuvent néanmoins entraîner l'ouverture d'une enquête policière ou d'une information judiciaire. Autrement dit, les éléments de renseignement, recueillis au titre de mesures préventives, peuvent-ils être utilisés pour déclencher une procédure pénale et, le cas échéant, intégrer celles-ci si des poursuites sont engagées ? Une lecture rapide de la décision du Conseil constitutionnel relative à la loi sur le renseignement permettrait d'en douter. Celui-ci pose en effet clairement que « *le recueil de renseignement (...) ne peut être mis en œuvre pour constater des infractions à la loi pénale, en rassembler les preuves ou en rechercher les auteurs*¹⁹⁴ », sans quoi ce recueil devrait être qualifié de mesure de police judiciaire. Mais ce serait négliger que le Conseil ne fait ici référence qu'à la finalité de la mesure, c'est-à-dire que celle-ci ne doit pas avoir été ordonnée dans le but de constater des infractions, ce qui n'exclut pas qu'elle puisse avoir un tel effet. Pour subtile- et sans doute illusoire- que soit la nuance, cette lecture est confirmée par l'absence de censure constitutionnelle d'un article de la loi qui prévoit que ses dispositions s'appliquent « *sans préjudice du second alinéa de l'article 40 du code de procédure pénale*¹⁹⁵ », en vertu duquel « *Toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs* ». Une telle obligation d'information du Ministère public est pourtant bien révélatrice de la volonté législative de permettre l'engagement des poursuites à partir des éléments découverts au cours d'une mesure de police administrative. La mesure de police administrative n'a pas pour but de découvrir des éléments de preuve ou de constater des infractions mais, si tel est le cas, rien n'interdit les poursuites, bien au contraire puisque les agents publics ont une obligation de dénonciation au Ministère public... Or la porosité manifeste entre polices administrative et judiciaire est d'autant plus discutable qu'en dehors de cet article, la loi ne prévoit rien et n'organise donc aucunement le basculement vers une enquête policière ou judiciaire, ce qui pose de sérieuses questions au regard de l'équité de la procédure.

55. Selon la nature des informations recueillies, il est possible d'envisager que le Ministère public ouvre un enquête policière (de flagrance ou préliminaire) ou qu'il saisisse un juge d'instruction aux fins d'ouverture d'une information judiciaire. Mais si le droit commun connaît déjà une marginalisation de la phase protectrice d'instruction au profit de l'enquête policière, il est ici permis de craindre que ce soit l'enquête de police judiciaire dans son ensemble qui s'efface. La loi renseignement, pas plus que le code de procédure pénale, ne pose en effet aucun critère imposant le basculement de la procédure administrative vers une procédure de police judiciaire et rien n'impose l'interruption de l'enquête administrative. Informé d'éléments permettant de soupçonner la

¹⁹² Sur l'aspect procédural, v. *infra* n°62.

¹⁹³ V. *supra* n°32.

¹⁹⁴ Décision n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015, *Loi relative au renseignement*.

¹⁹⁵ Article 2 de la loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 *relative au renseignement*, intégrée à l'article L. 811-2 CSI.

commission d'une infraction, le Ministère public peut saisir un juge d'instruction. Il peut aussi ne pas le faire ou choisir de demeurer dans le cadre d'une enquête policière sans effectuer d'acte permettant aux personnes soupçonnées d'en avoir connaissance, tout en laissant prospérer l'enquête administrative¹⁹⁶. On peut alors redouter que la plupart des investigations se déroule dans un cadre administratif, et que l'engagement des poursuites n'ait lieu qu'une fois de nombreux éléments recueillis. La CNCDH et plusieurs syndicats de magistrats avaient dénoncé la faiblesse des garanties procédurales instituées¹⁹⁷, et le Défenseur des droits s'était particulièrement ému du risque de voir la police judiciaire ainsi marginalisée et réduite à la découverte formelle d'éléments de preuves largement facilitée par une surveillance administrative antérieure particulièrement étendue¹⁹⁸. Loin de s'être estompées, ces craintes semblent aujourd'hui d'autant plus fondées que la circulaire du 5 novembre 2016 encourage et organise la circulation réciproque d'informations entre l'autorité administrative et le Ministère public afin de garantir un « *suivi continu* » de toutes les personnes impliquées, à n'importe quel stade, dans une procédure de nature pénale. Le récent Rapport de la délégation parlementaire au renseignement semble pourtant se satisfaire de l'embryon de judiciarisation instaurée et ne s'inquiétait de la transmission à l'autorité administrative d'informations issues de la procédure pénale qu'au regard de l'absence de cadre légal autorisant l'atteinte que cela peut constituer au secret des investigations¹⁹⁹. La loi n° 2017-258 du 28 février 2017 a comblé ce qui était alors qualifié de « *vide juridique* » en prévoyant désormais explicitement une transmission aux services de renseignement, par le Ministère public, « *de sa propre initiative ou à la demande de ces services* », « *des éléments de toute nature figurant dans ces procédures et nécessaires à l'exercice des missions de ces services en matière de prévention du terrorisme* » dans le cadre de toute enquête ou information judiciaire ouverte en matière terroriste²⁰⁰.

56. Or si cette disposition manifeste bien le caractère illusoire de la prétendue distinction entre répression et prévention du terrorisme, le risque pour les droits de la défense²⁰¹ et l'équité de la procédure est d'autant plus sérieux que la compétence du juge pénal pour apprécier la légalité des actes de police administrative en cas de poursuites incidents est, ici, des plus incertaines.

2. Le difficile contrôle judiciaire des informations issues des mesures d'enquête administrative

57. Dans les hypothèses classiques où une opération de police administrative conduit à la découverte, parfois purement fortuite, d'une infraction, la jurisprudence admet, sans explication particulière, la compétence du juge pénal saisi des poursuites pour contrôler la légalité de la mesure de police administrative qui en est à l'origine²⁰². La découverte d'une infraction à l'occasion d'une perquisition de l'état d'urgence (a) ou d'une activité

¹⁹⁶ La loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 a introduit un droit d'accès au dossier de la procédure pour les personnes visées par une enquête préliminaire (art. 77-2 CPP) mais cela ne concerne que les suspects ayant fait l'objet d'une garde à vue ou d'une audition libre. En l'absence de telles mesures, les suspects peuvent être maintenus dans l'ignorance du dossier et de l'existence même d'une enquête les concernant.

¹⁹⁷ v. not. CNCDH, Avis du 16 avril 2015 ; Syndicat de la magistrature, [Observations sur le projet de loi relatif au renseignement](#), 1^{er} avril 2015 ; USM, [Communiqué du 26 mars 2015](#) ; USMA, [Communiqué](#) du 8 avril 2015.

¹⁹⁸ Défenseur des droits, Avis n°15-04 du 2 avril 2015.

¹⁹⁹ Délégation parlementaire au renseignement, Rapport préc. du 2 mars 2017. « *En droit, les services de renseignement peuvent judiciariser les informations recueillies à l'occasion de l'exercice de leurs missions (...). À l'inverse, les enquêtes préliminaires conduites par le parquet de Paris ou les informations judiciaires conduites par le pôle d'instruction antiterroriste du tribunal de grande instance de Paris peuvent conduire les enquêteurs et magistrats à recueillir des éléments pouvant être utiles à l'exercice des missions exercées par les services de renseignement dans le domaine de la prévention du terrorisme. Or, en l'état de la législation actuelle, aucune disposition n'autorise de telles transmissions dans la mesure où les éléments tirés d'une procédure sont couverts par le secret de l'enquête ou de l'instruction, comme la DPR l'avait souligné devant le Garde des Sceaux lors de son audition.* »

²⁰⁰ Art. 706-25-2 du Cpp, introduit par la loi

²⁰¹ La lutte contre la radicalisation soulève également d'importantes questions quant à la déontologie des avocats, certains d'entre eux paraissant communiquer des informations aux services de renseignement ; v. C. FLEURIOT, « *La justice pénale est bouleversée par la radicalisation* », *Dalloz Actualités*, 23 mai 2017 ; CNCDH, « [Avis sur la prévention de la radicalisation](#) », préc.

²⁰² V. par. ex., en droit des étrangers, et sans que le juge judiciaire n'invoque de fondement particulier à sa compétence pour apprécier la régularité du contrôle d'identité de police administrative, v. Cass. Crim., 10 octobre 1996, n°6-83079, *Publié au bulletin* ; Cass. Civ. 2, 26 avril 2001, n°99-50038, *Publié au bulletin*.

de renseignement (b) pose cependant des problèmes distincts et la compétence du juge pénal est loin de s'y imposer avec la même évidence.

a. Procédure pénale incidente à une perquisition de l'état d'urgence

58. Perquisition seule. S'agissant des perquisitions administratives menées dans le cadre de l'état d'urgence, il était permis de douter que le juge pénal puisse se déclarer compétent à en contrôler la légalité sur le fondement habituel des articles 170 et 384 s. du Code de procédure pénale²⁰³. Que les perquisitions débouchent sur une enquête de flagrance ou sur une instruction, il n'était en effet pas certain que la plénitude de juridiction du juge pénal suffise à lui donner compétence dans le cadre très exceptionnel de l'état d'urgence²⁰⁴. Un autre fondement semblait alors nécessaire et, si des travaux parlementaires²⁰⁵ et doctrinaux²⁰⁶ semblaient considérer que l'article 111-5 du Code pénal pouvait le constituer, il était cependant permis d'en douter. Disposition de fond, cet article semblait en effet difficilement applicable aux mesures administratives à l'origine de la découverte d'éléments de preuve²⁰⁷, sauf à adopter une interprétation -littéralement défendable mais néanmoins inédite- de la condition selon laquelle le juge pénal peut contrôler tout acte, même procédural, de l'examen duquel « la légalité (...) dépend la solution du procès pénal qui leur est soumis ». Quoiqu'audacieuse²⁰⁸, cette interprétation a néanmoins été retenue par la Cour de cassation dans plusieurs arrêts remarquables du 13 décembre 2016²⁰⁹, la Chambre criminelle fondant alors la compétence du juge pénal sur la théorie de la subséquence. Puisque doit être déclaré nul tout acte de la procédure pénale ayant pour support nécessaire un acte irrégulier ou illégal, il faut considérer que le juge pénal peut contrôler la légalité de l'ordre de perquisition administrative pris dans le cadre de l'état d'urgence²¹⁰. Le plus souvent saluée pour être indispensable à la préservation de l'équité procédurale, la solution dégagée par ces arrêts ne résout pas pour autant l'ensemble des questions soulevées par cette articulation particulière des procédures. On a ainsi d'abord observé qu'un seul des arrêts²¹¹ ajoutait à l'article 111-5 du Code pénal le fondement de l'article préliminaire du Code de procédure pénale, en vertu duquel « les mesures de contraintes dont la personne suspectée ou

²⁰³ V. not. en ce sens la convaincante démonstration du professeur J.-H. ROBERT, « La compétence des juridictions judiciaires pour apprécier la légalité des perquisitions administratives de l'état d'urgence », *JCP-G*, n°9, février 2017, 206.

²⁰⁴ V. not. J.-H. ROBERT, « La compétence des juridictions judiciaires pour apprécier la légalité des perquisitions administratives de l'état d'urgence », préc.

²⁰⁵ Rapport n° 368 sur le projet de loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, Sénat, 3 février 2016 ; Rapport n°3487 sur la loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, AN, 11 fév. 2016, p. 38 ; M. Mercier, préc. La circulaire précitée du 5 novembre 2016 admet également que le juge pénal puisse fonder sa compétence sur l'article 111-5 du Code pénal mais il faut souligner qu'elle n'a été publiée que quelques jours avant les arrêts du 13 décembre 2016 ; v. *BOMJ* n°2016-11 du 30 novembre 2016, mise en ligne le 6 décembre 2016.

²⁰⁶ O. CAHN, « Un Etat de droit, apparemment... », préc. ; N. RORET, « Etat d'urgence : quel rôle pour le juge pénal ? », *Gaz. Pal.* 22 mars 2016, p. 13.

²⁰⁷ Sur cette question, et insistant sur la distinction entre légalité de l'arrêté et du déroulement de la perquisition, v. en particulier Th. HERRAN, « Le contrôle des perquisitions administratives à l'occasion des procédures judiciaires incidentes à l'état d'urgence », *Gaz. Pal.*, n° 27, 19 juillet 2016, p. 75.

²⁰⁸ L'article 14-1 de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 désigne en effet le juge administratif comme organe de contrôle de l'état d'urgence. Ainsi, et bien que cet article renvoie au Code de justice administrative, auquel déroge l'article 111-5 du Code pénal, il n'était pas interdit de penser que la compétence spéciale du juge pénal se trouvait contrariée par la loi plus spéciale encore relative à l'état d'urgence. Une telle analyse aurait pu être renforcée par le fait que la seule exception visée concerne les « peines prévues à l'article 13 », ce qui semble frappé du sceau de l'évidence et aurait ainsi pu laisser penser, faute de mention à l'article 111-5, que celui-ci ne pouvait, *a contrario*, pas déroger à l'article 14-1.

²⁰⁹ Cass. Crim., 13 décembre 2016, n°16-84.794 et n°16-82.176, *Publiés au bulletin*, n°16-84.162 et n°16-84.166, *Inédits* ; *Droit Administratif* n° 5, Mai 2017, comm. 20, note G. EVEILLARD ; *Lexbase*, note J.-B. PERRIER ; *Dalloz* 2017, p. 275, note J. PRADEL ; *Droit pénal* 2017, ét. 6, note C. RIBEYRE ; *JCP-G* 2017, p. 206, note J.-H. ROBERT.

²¹⁰ Il faut relever à cet égard que le Conseil Constitutionnel avait posé que « la remise en cause des actes de procédure pénale consécutifs à une mesure prise sur le fondement des dispositions déclarées contraires à la Constitution méconnaîtrait l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et aurait des conséquences manifestement excessives ». De la sorte, on aurait pu penser qu'il en irait de même *a fortiori*, s'agissant d'une simple illégalité. V. Décision n° 2016-567/568 QPC du 23 septembre 2016, [Perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence II], relative aux dispositions de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 dans leur rédaction issue de l'ordonnance du 15 avril 1960, ce qui concerne les perquisitions réalisées entre le 14 et le 21 novembre 2016.

²¹¹ Cass. Crim., n°16-84.794, *Publié au bulletin*.

*poursuivie peut faire l'objet sont prises sur décision ou sous le contrôle effectif de l'autorité judiciaire*²¹² », fondement qui peut par ailleurs paraître étonnant dès lors qu'une simple perquisition n'est traditionnellement pas considérée comme étant une mesure privative de liberté²¹³. Il restait en outre en suspens la question de savoir si seule la légalité de l'ordre de perquisition devait être examinée ou si le contrôle du juge pénal devait s'étendre au déroulement de la perquisition. Si des signes semblent indiquer que tel pourrait être le cas²¹⁴, les arrêts ayant suivi ces décisions d'importance n'ont pas clairement tranché la question. Ils ont en outre pu paraître en retrait et chercher à en réduire la portée pratique de la forte position de principe adoptée par la Haute juridiction.

59. Les conditions d'appréciation des conditions de la théorie de la subséquence, traditionnellement restrictives, ont ainsi permis d'écarter la compétence du juge pénal dans une affaire où l'occupant des lieux perquisitionnés avait, devant l'imminence d'une perquisition que le juge administratif jugera illégale, jeté par la fenêtre un sac contenant des objets permettant à l'OPJ présent sur les lieux de constater une infraction. La Cour de cassation admit alors que ce constat avait permis le basculement de la procédure vers le cadre de l'enquête de flagrance, autonome de la mesure de police administrative, et que l'éventuelle illégalité de celle-ci était alors indifférente²¹⁵.

De façon beaucoup plus surprenante, deux arrêts du 28 mars 2016 ont cassé et annulé des décisions d'une chambre de l'instruction qui, s'étant déclarée compétente pour apprécier la légalité des ordres de perquisition, avait jugé ceux-ci insuffisamment motivés en fait, et donc illégaux. La Chambre criminelle lui reproche de ne pas avoir sollicité le Ministère public afin que celui-ci demande à l'autorité préfectorale communication des informations permettant, le cas échéant, de faire apparaître la perquisition de l'état d'urgence comme justifiée²¹⁶. Dépourvue de fondement textuel, cette obligation inédite mise à la charge du juge pénal dans son contrôle de la légalité de l'acte administratif apparaît comme ambivalente. D'un côté, elle peut certainement s'expliquer par la volonté d'aligner le contrôle du juge pénal sur celui du juge administratif²¹⁷ et de préserver la spécificité de l'état d'urgence en n'imposant pas un niveau de motivation équivalent à celui auquel est soumis le juge lorsqu'il doit autoriser une perquisition de police judiciaire. La sanction d'un acte de procédure pénale insuffisamment motivé ne peut être, en effet, que la nullité de celui-ci et des actes subséquents, alors que l'acte administratif souffrant du même défaut pourra échapper au constat de son illégalité si ses lacunes sont comblées par l'apport ultérieur d'informations. Même en restreignant cette possibilité aux éléments connus au moment de l'arrêt litigieux, une telle solution n'en vient pas moins nourrir la critique de l'affaiblissement des garanties procédurales que comporte le recours aux mesures de police administratives. En admettant que la mesure soit contrôlée non au regard de la seule motivation de l'acte administratif litigieux, mais également d'éléments complémentaires apportés *a posteriori*,

²¹² Le recours ponctuel à l'article préliminaire, également absent des arrêts ultérieurs en date du 28 mars 2017, a été diversement apprécié. C'est ainsi que des auteurs y ont vu une volonté d'alignement sur les garanties de la procédure pénale alors que d'autres l'ont considéré comme discutable ou dépourvu d'effet ; v. respectivement les notes préc. de J. PRADEL, C. RIBEYRE et J.-H. ROBERT. Il nous semble pour notre part qu'il pourrait permettre une extension du contrôle du juge pénal au déroulement de l'opération de perquisition, l'objet distinct des différents pourvois pouvant constituer une explication à son apparition sporadique. V. plus longuement, Th. HERRAN et M. LACAZE, note sous Cass. Crim., 13 décembre 2016, préc. et note sous Cass. Crim., 28 mars 2016, « Le contrôle des perquisitions administratives de l'état d'urgence par le juge pénal : acte 2 », *Lexbase Hebdo édition privée*, n°697 du 4 mai 2017 (N° LXB : N7962BWS).

²¹³ V., s'agissant des perquisitions de police judiciaire : Cass. Crim., 3 avril 2013, n°12-88.428, *Publié au bulletin*. La Cour de cassation impute cependant la durée de la perquisition sur celle de la garde à vue qui l'aurait suivie ; Cass. Crim., 12 juin 2013, n°13-80.893, *Publié au bulletin*. Notons que, s'agissant de l'état d'urgence, la loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016 a ajouté que « lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser que leur comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics, les personnes présentes sur le lieu d'une perquisition administrative peuvent être retenues sur place par l'officier de police judiciaire pendant le temps strictement nécessaire au déroulement de la perquisition ».

²¹⁴ Ainsi, l'arrêt du 24 janvier 2017, tout en excluant la compétence du juge pénal en raison des circonstances particulières de l'espèce, fait-il néanmoins référence à « la légalité de l'ordre de perquisition et des modalités de son exécution » ici « sans conséquence sur la régularité de la procédure ». On pourrait alors penser, *a contrario*, que l'irrégularité des actes effectués par une perquisition réalisée dans le cadre de l'état d'urgence pourrait bien donner lieu à une annulation des actes subséquents ; v. Cass. Crim., 24 janv. 2017, n°16-85.577, *Inédit*.

²¹⁵ Cass. Crim., 24 janvier 2017, n°16-85.577, *Inédit* ; *AJ pénal*, p. 137, obs. S. JOUNIOT.

²¹⁶ Cass. Crim., 28 mars 2017, n°16-85072 et n°16-85073 *Publiés au bulletin* ; note Ch. FONTEIX, *Dalloz Actualité*, 26 avril 2017 ; R. LETTERON, préc. ; note J.-B. PERRIER, *JCP-G*, n°17, 24 avril 2017, 473.

²¹⁷ Sur celui-ci, et critiquant notamment la pertinence de l'extension de la jurisprudence *Hallal* à des perquisitions qui ont déjà produit tous leurs effets au moment du contrôle, v. P. CASSIA, préc., *Dalloz*, p. 1162.

elle creuse encore davantage la distinction entre mesures de polices judiciaires et administratives. Et si elle a l'avantage d'ouvrir une voie permettant de pallier l'insuffisante information du juge pénal et d'étendre le contrôle de celui-ci aux motifs factuels (glissant alors vers un contrôle de l'opportunité de la mesure), elle a pour conséquence paradoxale de réduire fortement les hypothèses dans lesquelles la procédure pénale incidente peut se trouver menacée²¹⁸. Peut être nécessaire pour rendre acceptable cette reprise de contrôle du juge pénal, la solution est respectueuse de l'esprit de l'état d'urgence et de celle de la circulaire du 5 novembre 2016, qui érige le Ministère public en pivot de la circulation des informations entre autorités administrative et judiciaire, soulignant ainsi sa nature hybride de magistrat organiquement soumis au pouvoir exécutif²¹⁹.

Au-delà des incertitudes sur les conséquences pratiques de cette jurisprudence nouvelle, il faut maintenant souligner que l'introduction d'une procédure administrative de saisies dans le cadre de l'état d'urgence rend des plus incertaines la compétence du juge pénal pour apprécier la légalité de la perquisition ayant précédé une telle mesure.

60. Perquisition suivie d'une saisie des données informatiques. Comme on a déjà eu l'occasion de l'évoquer, si la saisie des données informatiques n'a pas à être autorisée par un juge, il en va différemment de l'exploitation des données saisies²²⁰. Dans l'hypothèse où une telle autorisation juridictionnelle viendrait à permettre la révélation d'éléments permettant de soupçonner une infraction²²¹, le juge pénal saisi des poursuites incidentes pourra-t-il toujours se déclarer compétent pour apprécier la légalité de la perquisition originelle ? Rien n'est moins sûr dès lors que le Conseil d'Etat a suggéré que le juge administratif chargé d'autoriser l'exploitation des données peut, à cette occasion, contrôler la légalité de la perquisition au cours de laquelle les données ont été saisies²²². Dans un tel cas de figure, se poserait alors la question de l'autorité de la chose jugée par le juge administratif²²³. En outre, l'article 111-5 du Code pénal ne semble, dans tous les cas, plus pouvoir être invoqué pour contrôler la perquisition et la saisie puisqu'il semble alors falloir considérer que c'est sur la décision du juge administratif que reposent les actes de procédures pénales postérieurs à la saisie. Or une telle décision, juridictionnelle, n'est pas un « acte administratif, individuel ou réglementaire » au sens de l'article précité. Les incertitudes sont alors encore nombreuses et il paraît difficile de connaître la position qu'adoptera la Cour de cassation, prise en tenailles entre sa soumission à la loi et à l'autorité du Conseil constitutionnel et sa volonté affichée de jouer son indispensable rôle de gardienne de l'une équité procédurale²²⁴.

Les incertitudes paraissent pourtant plus grandes encore s'agissant de la question du basculement vers une procédure de police judiciaire dans le cadre des activités de renseignement.

²¹⁸ Sur ces aspects, v. plus longuement Th. HERRAN et M. LACAZE, « Le contrôle des perquisitions administratives de l'état d'urgence par le juge pénal : acte 2 », préc.

²¹⁹ Rappelons que les directives individuelles du Garde des Sceaux dans les affaires particulières ont cependant disparu ; v. *Circulaire générale de politique pénale* du 19 sept. 2012 puis la consécration législative opérée par la loi n° 2013-669 du 25 juillet 2013 *relative aux attributions du garde des sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et de mise en œuvre de l'action publique*.

²²⁰ V. *supra* n°48.

²²¹ L'hypothèse, distincte, où la perquisition elle-même permettrait de révéler la présence d'éléments permettant de soupçonner une infraction ne pose pas de difficulté théorique particulière, la procédure devant alors immédiatement basculer vers une opération de police judiciaire évidemment contrôlée par le juge pénal. La frontière entre les conditions d'un tel basculement et celles permettant une saisie administrative est cependant particulièrement ténue, ce qui peut laisser craindre des difficultés pratiques lorsque le basculement qui aurait dû avoir lieu ne se sera pas produit ; v. *supra* n°48.

²²² V. not., CE, ordonnance n° 402348 du 12 août 2016, *ministère de l'intérieur c/ M. B* : « il résulte de ce qui précède que les opérations de perquisition et de saisie administratives se sont déroulées conformément aux règles de procédure définie par les dispositions précitées de l'article 11 de la loi du 3 avril 1955 ».

²²³ V. *supra* n°37.

²²⁴ Sur ces questions, v. plus longuement, Th. HERRAN et M. LACAZE, note sous Cass. Crim. 13 décembre 2016, préc.

b. Procédure pénale incidente à des activités de renseignement

61. Puisque les mesures de police administrative n'ont pas pour objet de recueillir des preuves²²⁵, et qu'elles ne respectent pas les exigences légales du code de procédure pénale en termes de contrôle judiciaire et de loyauté²²⁶, les « *simples renseignements* » ne peuvent pas, de jurisprudence constante, fonder à eux seuls la culpabilité²²⁷. Il est bien connu, cependant, que contrairement aux apparences, la négation de la qualification de preuve²²⁸ n'est pas seulement une garantie et est loin d'être suffisante à garantir l'équité de la procédure. En effet, même s'ils ne peuvent suffire à établir la culpabilité, ces renseignements n'en sont pas moins portés à la connaissance des magistrats de l'ordre judiciaire. Or, il faut souligner à cet égard la loi n° 2015-912 *relative au renseignement* ne prévoit aucune articulation entre la transmission des informations au Ministère public et le recours ouvert devant le Conseil d'Etat²²⁹. En cas d'illégalité de la mesure, celui-ci peut ordonner la destruction des enregistrements et de leur transcription²³⁰, mais rien n'est prévu dans l'hypothèse où les éléments auraient déjà été transmis au Ministère public. Il n'est pas certain, alors, que de telles informations disparaissent du même coup de la procédure pénale, et moins encore que la théorie de la subséquence puisse trouver à s'appliquer pour affecter la légalité des investigations réalisées sur le fondement de ces informations...

62. En outre, d'après une jurisprudence constante de la Cour de cassation, la qualification de « *simples renseignements* » a pour conséquence qu'ils ne peuvent pas donner lieu à un recours en annulation²³¹. Concrètement, cela signifie que la personne mise en cause ne peut pas demander leur suppression de la procédure, même s'ils s'inscrivent dans un procès-verbal de renseignement²³². La Chambre criminelle ayant posé, de façon générale, qu'« *une enquête administrative versée dans une information à titre de renseignement ne constituant pas un acte ou une pièce de procédure au sens de l'article 173 du Code de procédure pénale, est inopérant le moyen qui fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir laissé sans réponse une demande d'annulation de ladite enquête*»²³³, la solution ne semble pas pouvoir être différente s'agissant de la transmission des procès-verbaux de transcription des informations collectées, prévue par la loi renseignement²³⁴. Or, s'il n'est pas possible de demander une annulation, il n'est évidemment pas possible de contester les conditions dans lesquelles ces renseignements ont été obtenus, et donc la légalité de la mesure de

²²⁵ Sur la faiblesse de la distinction en la matière, v. not. Th. HERRAN, « La distinction entre police administrative et police judiciaire à l'aune de la loi relative au renseignement », préc.

²²⁶ Sur les exigences de la Cour européenne en la matière, v. not. L. MILANO, « Garanties du procès équitable et lutte contre le terrorisme », *RDLF* 2015, chron. 07.

²²⁷ V. not. Cass. Crim., 9 juin 1998, n° 98-80418, *Publié au bulletin*, excluant de la catégorie des auditions de témoin le renseignement apporté par un informateur.

²²⁸ De jurisprudence constante, le « *procès-verbal de renseignements destiné à guider d'éventuelles investigations sans pouvoir être retenu lui-même comme un moyen de preuve* » ; v. not. Cass. crim., 9 juillet 2003, n° 03-82119, *Publié au bulletin* et Cass. crim., 6 oct. 2015, n° 15-82247, *Publié au bulletin*, évoquant un « *un recueil de renseignements destinés à guider d'éventuelles investigations, dépourvu de valeur probante* ». V. beaucoup plus précisément sur ces questions ; Th. HERRAN, « Renseignement et nullité des actes de procédure », *Gaz. Pal.*, 26 janvier 2016, n°04.

²²⁹ Seuls les travaux parlementaires et la circulaire du 5 novembre 2016 envisagent la question, mais sous le seul prisme de la protection des services et du secret de la défense nationale ; v. circulaire du 5 novembre 2016, préc. ; Rapport n°4573 (AN) et n°448 (Sénat), préc. : « *La mise en œuvre de cette procédure implique que les informations transmises à l'autorité judiciaire fassent l'objet d'une déclassification pour celles d'entre elles qui seraient couvertes par le secret de la défense nationale et qu'elles ne révèlent pas les modes d'acquisition du renseignement (identité des sources, techniques utilisées, etc.)* »

²³⁰ Cela s'est produit pour la première fois le 5 mai 2017, le Conseil d'Etat indiquant simplement, comme le prévoit la loi que les vérifications entreprises avaient « *révélé que des données concernant M. B...figuraient illégalement dans ce fichier* », l'effacement de ces données étant alors ordonné ; CE, formation spécialisée, 5 mai 2017, n°396669.

²³¹ Seule est légalement encadrée l'hypothèse où le renseignement intègrerait la procédure pénale au moyen d'un témoignage anonyme au sens de l'article 706-57 et s. du Code de procédure pénale, ce qui peut alors donner lieu à une demande d'annulation. Tel n'est pas le cas s'agissant de « *procès-verbaux dépourvus de force probante qui se bornent, comme en l'espèce, à consigner des déclarations d'une personne fournissant spontanément aux enquêteurs des renseignements destinés à permettre des investigations ultérieures ou à en faciliter l'exécution en cours* » ; v. Cass. Crim., 6 octobre 2015, n°15-82247, *Publié au bulletin* ; et déjà not. Cass. Crim., 9 juillet 2003, n°03-82119, *Publié au bulletin*. En revanche, on ne peut couvrir un détournement de procédure en qualifiant de « *simple renseignement* » ; v. Cass. Crim., 31 janvier 2006, n°05-80640, *Publié au bulletin*.

²³² V. not. G. BEAUSSONIE, « La notion de 'procès-verbal de renseignement(s)' », *Gaz. Pal.*, 26 janvier 2016, n°04.

²³³ V. not. Cass. Crim., 16 septembre 2003, n°03-82918, *Publié au bulletin*.

²³⁴ V. not. Th. HERRAN, « Renseignement et nullité des actes de procédure », préc.

police administrative à l'origine de leur découverte. Traditionnelle, la solution peut sembler particulièrement discutable au vu de l'extension du domaine et des moyens de renseignement, et de l'identité possible entre les motifs qui les justifient et les soupçons d'une infraction²³⁵. Des auteurs considèrent alors qu'un infléchissement de cette jurisprudence est possible, voire indispensable, dès lors que de telles informations conduisent à l'ouverture de poursuites judiciaires²³⁶. Nous les approuvons sur le plan des principes en raison des graves risques d'atteinte aux droits de la défense et au procès équitable. Il ne nous semble cependant difficile qu'une telle évolution se produise en l'état actuel du droit positif, ni que la Cour de cassation puisse étendre sa jurisprudence relative aux mesures de police administrative de l'état d'urgence²³⁷ au recueil de renseignement lui-même. La loi renseignement institue en effet, nous l'avons vu, un recours juridictionnel devant le Conseil d'Etat permettant aux justiciables de demander une vérification de la légalité des mesures dont ils pensent faire l'objet. Or, si l'on met de côté la compétence de l'Autorité administrative indépendante également créée²³⁸, ce recours devant le Conseil d'Etat semble bien exclusif de toute autre voie de recours ; et en particulier d'un contrôle de légalité par le juge pénal. La loi ne l'exprime pas clairement mais le Conseil d'Etat semble avoir le monopole du contrôle de ces mesures, impression corroborée par la prévision législative d'une question préjudicielle que les juridictions administratives et judiciaires devraient soulever lorsque la légalité de la mesure de renseignement est contestée dans le cadre d'une autre procédure. Or, si ni la loi ni le décret ne l'explicitent, il semble bien falloir comprendre que, dans l'hypothèse où le juge pénal serait amené à intégrer les éléments recueillis à une procédure pénale, il ne pourrait pas lui-même apprécier la légalité de la mesure²³⁹. Le secret si cher aux services de renseignement serait alors préservé...mais le juge pénal serait dépossédé de ses pouvoirs d'appréciation de la légalité du recueil des éléments à l'origine des poursuites.

Juin 2017.

²³⁵ V. not., et sur la difficulté à distinguer les techniques de recueil ayant un but de police judiciaire de celles ayant un tel effet, mais paraissant exclure que le recours à l'article 40 CPP puisse conduire à l'établissement d'un procès-verbal de renseignement ; v. F. FOURMENT, « La loi 'Renseignement', le renseignement, incident de commission d'une infraction et l'autorité judiciaire », *Gaz. Pal.*, 26 janvier 2016, n°04.

²³⁶ V. not., s'appuyant sur l'article 111-5 du Code pénal, G. ROUSSEL, « Le régime des techniques de renseignement », *AJ Pénal* 2015, p. 520.

²³⁷ V. *supra* n°58 et s.

²³⁸ Sur la procédure instituée, v. *supra* n°45.

²³⁹ V. le dernier alinéa de l'art. L. 841-1 du CSI : « *Lorsqu'une juridiction administrative ou une autorité judiciaire est saisie d'une procédure ou d'un litige dont la solution dépend de l'examen de la régularité d'une ou de plusieurs techniques de recueil de renseignement, elle peut, d'office ou sur demande de l'une des parties, saisir le Conseil d'Etat à titre préjudiciel. Il statue dans le délai d'un mois à compter de sa saisine* ». La formule, qui n'est pas sans rappeler celle utilisée par la Cour de cassation pour fonder la compétence du juge pénal saisi de poursuites incidentes à des mesures de police administrative de l'état d'urgence, nous paraît ainsi être une disposition spécialement instituée par le législateur faisant échec à une éventuelle invocation de l'article 111-5 CP, qui nécessiterait en outre un recours à l'article L2312-4 du Code de la défense dès lors que des informations classées secret-défense seraient en cause. D'un autre côté, si cet article semble imposer une saisine du Conseil d'Etat à titre préjudiciel lorsque la légalité du recueil des renseignements serait contestée par la personne poursuivie devant les juridictions pénales, une telle saisine n'a de sens qu'en admettant que l'illégalité puisse avoir des conséquences sur la procédure pénale. Cet article pourrait alors être perçu comme une incitation à une évolution de la jurisprudence pénale sur la qualification et le contrôle du renseignement.

Les colloques de l'ISCJ

Les politiques criminelles antiterroristes en Europe

Cadre général

Le terrorisme, une catégorie juridique

Le terroriste : quelle personne juridique ?
A propos des théories du droit pénal de l'ennemi

Le rôle de la Constitution
dans la lutte contre le terrorisme

La politique antiterroriste de l'Union
européenne : mythe ou réalité ?

Spécificités nationales

La liberté d'expression à l'épreuve de la
propagande terroriste en droit turc

La dualité juridictionnelle française, instrument de
la lutte contre le terrorisme

Les mesures de prévention du terrorisme
au Royaume-Uni

Le terrorisme et l'introduction de la « *prisión
permanente revisable* » dans le système pénal
espagnol

*Global war on terrorism, extraordinary rendition
et executive activism. À la lumière de l'affaire Nasr e
Ghali c. Italie*

Contributeurs: Antonio AMALFITANO, Eylem AKSOY RETORNAZ, Barbara DREVET, Pauline GERVIER, Amane GOGORZA, Thomas HERRAN, Christian JÄGER, Marion LACAZE, Gonzalo QUINTERO OLIVARES

Collection

n°1 – *Les politiques criminelles antiterroristes en Europe*,
dir. Amane GOGORZA et Marion LACAZE, juin 2017.

n°2 – *Les écoutes judiciaires en procédure pénale*,
dir. Evelyne BONIS, décembre 2017.

n°3 – *Le profit illicite*,
Observatoire de la délinquance et de la justice d'affaires,
dir. Barbara FRELETEAU et Julien LAGOUTTE, juillet 2018

n°4 – *Le sens de la longue peine*,
dir. Evelyne BONIS et Nicolas DERASSE, juin 2019.