

DROIT PÉNAL

Le droit pénal et la loi du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme ^{308t5}

Sous la direction de
François FOURMENT
 Professeur à l'université
 de Tours, membre du
 CRDP (EA 2116 ; IRJI)

Des dispositions intéressant le droit pénal de fond et, surtout, la procédure pénale, trouvent de plus en plus souvent leur siège dans le Code de la sécurité intérieure. Récemment, la loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme accentue encore la confusion entre le droit de la sécurité intérieure, qui relève idéalement de la police administrative, et le droit pénal, réactif à la commission d'une

infraction. Or, nombreuses sont les mesures réputées de sécurité intérieure mais en réalité construites sur l'oxymore de la prévention réactive à la commission d'une infraction (v. l'article de T. Herran). Parmi les mesures qui alimentent le plus cette confusion, ou qui sont à tout le moins révélatrices de situations de police judiciaire, nous retiendrons en particulier de nouveaux cas de contrôles d'identité frontaliers, dont il convient aujourd'hui de faire un état des lieux (v. l'article de V. Tellier-Cayrol), de nouveaux cas aussi de contrôles de sécurité, dont un vade-mecum peut être dressé (v. l'article de D. Thomas-Taillandier), la fermeture des lieux de culte appelant au djihad (v. l'article de E. Dreyer) et la visite de sécurité intérieure, forme de substitut de la perquisition pénale (v. l'article de F. Fourment). Si bien que le juge judiciaire peut être amené à contrôler la police administrative (v. l'article de G. Beaussonie et A. Botton).

L'oxymore de la prévention réactive à la commission d'une infraction ^{311p3}

L'essentiel

La loi du 30 octobre 2017 intégrant l'état d'urgence dans le droit ordinaire parachève la transformation de la police administrative en droit para-pénal et entérine, de la sorte, un changement de paradigme sous l'impulsion de la lutte contre le terrorisme.

L. n° 2017-1510, 30 oct. 2017, renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme, art. 1 à 4 : JO, 31 oct. 2017



Note par
Thomas HERRAN
 Maître de conférences en
 droit privé à l'université
 de Bordeaux, institut de
 sciences criminelles
 et de la justice

La loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme vient enraciner l'exception dans le droit ordinaire en pérennisant les mesures de l'état d'urgence. Désormais, les autorités administratives peuvent, en tout temps et à des fins de prévention du terrorisme, ordonner la fermeture de

lieux de culte ⁽¹⁾, prendre des mesures individuelles de contrôle et de surveillance ⁽²⁾, établir des périmètres de protection ⁽³⁾ ou encore ordonner des visites et des saisies ⁽⁴⁾. Cette loi est un champ dans lequel fleurissent les oxymores : tout d'abord, une répression administrative résultant d'une loi consacrée à la lutte contre le terrorisme et qui ne comporte pourtant quasiment aucune disposition pénale ; ensuite, une police administrative judiciairisée née de l'intervention du juge judiciaire dans le régime de certaines mesures de police administrative ⁽⁵⁾ ; enfin, et surtout, la prévention réactive à la commission d'une

(1) CSI, art. L. 226-1 (L. n° 2017-1510, 30 oct. 2017, art. 1^{er}).

(2) CSI, art. L. 227-1 et s. (L. n° 2017-1510, 30 oct. 2017, art. 2).

(3) CSI, art. L. 228-1 et s. (L. n° 2017-1510, 30 oct. 2017, art. 3).

(4) CSI, art. L. 229-1 et s. (L. n° 2017-1510, 30 oct. 2017, art. 4).

(5) En matière de visites et de saisies.

infraction, qui est le nouveau raisonnement qui fonde cette forme de police administrative.

Il s'agit là de la consécration d'une police administrative d'un genre nouveau. En effet, si la police administrative est souvent présentée comme assurant la prévention des infractions pénales – par opposition à la police judiciaire qui réprime ces mêmes infractions –, ce point de vue semble un peu caricatural⁽⁶⁾ : son but est avant tout la préservation de l'ordre public – la sécurité, la salubrité, la tranquillité, la moralité publiques et la dignité. Ainsi, la police administrative a un objet indéterminé et holiste⁽⁷⁾. Pourtant, les différentes lois antiterroristes adoptées ces dernières années développent un droit dérogatoire⁽⁸⁾, qui atteint son apogée avec la présente loi. La théorie du droit pénal de l'ennemi⁽⁹⁾ semble ainsi avoir contaminé la police administrative. Après le droit pénal, c'est à cette dernière de subir des affres de la théorie de Günther Jakobs, au point de voir menacer son fondement libéral⁽¹⁰⁾. Naît ainsi un droit « para-pénal »⁽¹¹⁾ dont le but, à peine voilé, est de lutter contre la dangerosité. Ce phénomène se traduit par l'adoption d'un raisonnement nouveau en matière de police administrative qui, dans le domaine du terrorisme, prend la forme de la prévention réactive à la commission d'infraction terroriste. Ce changement de paradigme, déjà amorcé dans les lois précédentes, trouve une expression plus aboutie avec la loi du 30 octobre 2017 (I), ce qui n'est pas sans conséquences (II).

I. L'AVÈNEMENT D'UN CHANGEMENT DE PARADIGME DE LA POLICE ADMINISTRATIVE EN MATIÈRE TERRORISTE

La logique de la police administrative en matière de terrorisme change par rapport à celle de la police administrative générale. Ce changement s'observe au niveau, d'une part, de son objet (A) et, d'autre part, de sa finalité (B).

A. Le changement d'objet

Le premier point de rupture entre la police administrative en matière de terrorisme et la police administrative générale réside dans son objet. Traditionnellement, cette dernière a pour finalité directe et immédiate le maintien de l'ordre public ; dès lors, « les situations à l'origine des troubles ne sont pas visées en tant que telles mais seulement en tant qu'elles induisent des menaces à l'ordre public »⁽¹²⁾. Qu'il s'agisse de situations générales

et impersonnelles⁽¹³⁾, ou de comportements individuels constituant une menace pour l'ordre public⁽¹⁴⁾, le raisonnement est, en principe, toujours le même : l'autorité de police agit *a priori* pour empêcher des situations ou interdire des comportements, souvent futurs, « en tant qu'ils comportent une atteinte ou un risque d'atteinte à l'ordre public »⁽¹⁵⁾. La menace en est donc la conséquence. Par exemple, la police administrative générale confère le pouvoir d'interdire une réunion ou un spectacle susceptible d'engendrer des conséquences constitutives d'une menace pour l'ordre public. L'acte de police est alors pris sur la base d'une spéculation sur les conséquences putatives⁽¹⁶⁾.

“ Dans le domaine de la police administrative en matière de terrorisme, on se rapproche d'une logique répressive proche de celle de la police judiciaire ”

Pourtant, en matière de prévention du terrorisme, la logique semble bien différer : il n'est plus question de spéculer sur l'existence d'une menace découlant d'un comportement, mais de postuler l'existence d'une menace constituée par le comportement lui-même⁽¹⁷⁾. Déjà, les mesures adoptées dans le cadre de l'état d'urgence, dont le critère de mise en œuvre était l'existence de « raisons sérieuses de penser que le comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics »⁽¹⁸⁾, reposaient sur un tel raisonnement. Ce changement d'objet est désormais entériné dans le droit ordinaire. Tout d'abord, la fermeture des lieux de culte peut être décidée lorsque « les propos qui y sont tenus, les idées qui y sont diffusées ou les activités qui s'y déroulent provoquent à la violence, à la haine ou à la discrimination, provoquent à la commission d'actes de terrorisme ou font l'apologie de tels actes »⁽¹⁹⁾. La mesure est donc prise sur la base d'éléments factuels qui, du point de vue du préfet, constituent en eux-mêmes une menace. Ensuite, de manière plus significative, les mesures de contrôle et de surveillance⁽²⁰⁾ peuvent être mises en œuvre lorsque le comportement d'une personne constitue une menace d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre publics, et les visites et saisies⁽²¹⁾ peuvent être ordonnées lorsque le lieu visé est fréquenté par une telle personne. Dans les deux cas, ce sont des comportements déterminés de personnes identifiées, dont on spéculait qu'ils constituent une menace, qui justifient l'adoption de mesures de police administrative. En cela, on se rapproche d'une logique répressive proche

(6) Gonod P., Melleray F. et Yolka P., *Traité de droit administratif*, t. 2, 2011, Dalloz, p. 19 ; Chambon M., « Une redéfinition de la police administrative », in Alix J. et Cahn O. (dir.), *L'hypothèse de la guerre contre le terrorisme*, 2017, Dalloz, Thèmes et commentaires, p. 135.

(7) Chambon M., *op. cit.*, p. 135.

(8) La doctrine publiciste s'interroge sur le point de savoir si la police administrative en matière de terrorisme constitue une police administrative spéciale ou un phénomène de spécialisation de la police générale (*ibid.*, p. 144 et s.).

(9) Cahn O., « “Cet ennemi intérieur, nous devons le combattre”. Le dispositif antiterroriste français, une manifestation du droit pénal de l'ennemi », Archives de politiques criminelles 2016, p. 98 et s.

(10) Petit J., « Les ordonnances *Dieudonné* : séparer le bon grain de l'ivraie », AJDA 2014, p. 866.

(11) Touiller M., « La loi sur le renseignement traduit-elle l'émergence d'une procédure para-pénale ? », in Touiller M. (dir.), *Le code de la sécurité intérieure, artisan d'un nouvel ordre ou sèmeur de désordre ?*, 2017, Dalloz, p. 159 ; Beaussonie G., « Chronique législative. Le droit pénal écarté de la lutte contre le terrorisme », RSC 2017, n° 4, à paraître.

(12) Chambon M., *op. cit.*, p. 136.

(13) Cassia P., *Contre l'état d'urgence*, 2016, Dalloz, p. 74.

(14) Chambon M., *op. cit.*, p. 136.

(15) Petit J., *op. cit.*, p. 866.

(16) C'est en cela que la police administrative est généralement présentée comme préventive. V. Chambon M., *op. cit.*, p. 136.

(17) *Ibid.*, p. 137 et s.

(18) L. n° 55-385, 3 avr. 1955, relative à l'état d'urgence, art. 5, 6, 11.

(19) CSI, art. L. 227-1.

(20) CSI, art. L. 228-1 et s.

(21) CSI, art. L. 229-1 et s.

de celle de la police judiciaire ^[22], ce qui suggère un changement de finalité.

B. Le changement de finalité

Le second point de rupture concerne la finalité de la police administrative. Contrairement à une idée préconçue, la prévention des infractions n'est pas en soi une finalité de cette police ^[23]. Une partie de la doctrine s'est justement émue des ordonnances du Conseil d'État dans l'affaire *Dieudonné*, quand le juge du référé avait semblé admettre une telle finalité ^[24]. L'une de ces ordonnances laissait en effet penser que la prévention des infractions pénales constitue une finalité de la police générale, en affirmant « qu'il appartient en outre à l'autorité administrative de prendre les mesures de nature à éviter que des infractions pénales soient commises » ^[25]. Mais le Conseil d'État s'est ravisé et a précisé par la suite que la prévention des infractions pénales ne peut être qu'incidemment une finalité de la police administrative, uniquement lorsque le comportement infractionnel engendre une menace pour l'ordre public, au sens de la police administrative ^[26].

Or, cette finalité est précisément celle des nouvelles mesures. La fermeture des lieux de culte, les mesures de contrôle et de surveillance et les visites et les saisies cherchent toutes à « prévenir les actes de terrorisme », comme le rappelle chacune des dispositions. On pourrait certes rétorquer que les infractions concernées emportent nécessairement une menace à l'ordre public. Mais une telle objection ne peut s'entendre pour tous les actes de terrorisme ^[27]. Si les infractions terroristes, qui incriminent l'action terroriste en tant que telle ^[28], constituent indéniablement un trouble à l'ordre public, il n'est pas certain que ce soit le cas des infractions satellites, pour la plupart infractions-obstacles, qui viennent réprimer le soutien au terrorisme, sous toutes ses formes – la préparation ^[29] et l'encouragement des infractions

terroristes ^[30]. Les nouvelles dispositions laissent pourtant augurer leur application pour prévenir n'importe quel acte de terrorisme.

Les changements d'objet et de finalité laissent ainsi entrevoir un autre – prétendu – oxymore : la dimension répressive de la police administrative. Les mesures « visent effectivement, derrière le masque de la prévention, à réprimer certains comportements » ^[31]. Un paradigme nouveau qui emporte des conséquences importantes.

II. LES CONSÉQUENCES DU CHANGEMENT DE PARADIGME DE LA POLICE ADMINISTRATIVE EN MATIÈRE TERRORISTE

Cette police administrative prend les allures d'un droit para-pénal, parfois complémentaire (A) mais bien souvent concurrent du droit pénal (B).

A. Un droit complémentaire

La police administrative en matière de terrorisme peut se présenter comme un complément car elle peut être mise en œuvre soit en amont, soit en tant que palliatif, soit simultanément du processus pénal.

Premièrement, elle prend la forme d'un droit « antépénal » puisqu'elle peut être déployée avant le déclenchement du processus pénal. Si ce phénomène n'est pas nouveau, il est nettement renforcé par la plupart des mesures introduites par la loi du 30 octobre 2017. D'abord, la fermeture des lieux de culte et la mesure de contrôle et de surveillance peuvent s'analyser comme des mesures provisoires préalables, pouvant être ordonnées immédiatement sur la base d'éléments peut-être encore insuffisants pour ouvrir une enquête pénale ^[32]. Ensuite, les visites et saisies peuvent, elles aussi, être ordonnées sur la base d'éléments, comme des « notes blanches » ^[33], qui ne pourraient peut-être pas justifier en eux-mêmes une mesure de police judiciaire aussi contraignante. Ainsi, ces mesures permettent l'anticipation de l'exercice de la contrainte, de sorte que la police administrative apparaît comme l'antichambre de la police judiciaire et de la mise en œuvre de la répression pénale.

Deuxièmement, la police administrative en matière de terrorisme s'apparente à un droit « infra-pénal » toutes les fois où elle sera mobilisée pour appréhender des comportements seulement déviants ou dangereux, insusceptibles de tomber sous le coup de la loi pénale. En permettant l'utilisation de mesures de « police quasi-judiciaire » dans des hypothèses extra-pénales, c'est-à-dire à l'égard de comportements qui ne sont pas « préalablement et officiellement proscrits » ^[34] et qui ne peuvent pas être

(22) Chambon M., *op. cit.*, p. 143.

(23) Bon P., « Le but de la police administrative générale », RFDA 2016, p. 791.

(24) CE, juge des référés, 9 janv. 2014, n° 374508, Min. de l'Int. c/ Sté Les Productions de la Plume : Lebon, p. 1 – CE, juge des référés, 10 janv. 2014, n° 374528, Sté Les Productions de la Plume et M. M'Bala M'Bala : AJDA 2014, p. 79 ; *ibid.*, p. 866 ; *ibid.*, p. 129, tribune Seiller B. ; *ibid.*, p. 473, tribune Broyelle C., note Petit J. ; AJCT 2014, p. 157, obs. Le Chatelier G. – CE, juge des référés, 11 janv. 2014, n° 374552, Sté Les Productions de la Plume et M. M'Bala M'Bala : AJDA 2014, p. 79 ; *ibid.*, p. 866 ; *ibid.*, p. 129, tribune Seiller B. ; *ibid.*, p. 473, tribune Broyelle C., note Petit J. ; AJCT 2014, p. 157, obs. Le Chatelier G.

(25) CE, ord., 9 janv. 2014, n° 374508.

(26) CE, 9 nov. 2015, n° 376107, Alliance générale contre le racisme et le respect de l'identité française et chrétienne c/ Sté Les productions de la Plume et M. M'Bala M'Bala : Lebon, p. 377 ; AJDA 2015, p. 2118 ; *ibid.*, p. 2508, concl. Bretonneau A. ; *ibid.*, p. 2512, note Bioy X. ; AJCT 2016, p. 220, obs. Gaté J. ; RFDA 2016, p. 791, note Bon P. ; Dr. adm. 2016, comm. 17, note Eveillard G. ; JCP Adm. 2016, n° 2065, note Pauliat H.

(27) Le chapitre 1^{er} du titre II du livre IV du Code pénal, consacré aux actes de terrorisme, incrimine les actions terroristes mais aussi tous les comportements périphériques de soutien au terrorisme tels que le financement, l'incitation, la provocation, l'apologie, la préparation... V. Alix J., *Terrorisme et droit pénal*, 2010, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, p. 75 et s.

(28) C. pén., art. 421-1 et C. pén., art. 421-2.

(29) Association de malfaiteurs en lien avec une entreprise terroriste (C. pén., art. 421-2-1) ; entreprise individuelle terroriste (C. pén., art. 421-2-6).

(30) Financement du terrorisme (C. pén., art. 421-2-2) ; non-justification des ressources (C. pén., art. 421-2-3) ; incitation, provocation et apologie du terrorisme (C. pén., art. 421-2-4 et C. pén., art. 421-2-5).

(31) Chambon M., *op. cit.*, p. 143.

(32) Les mesures individuelles de contrôle et de surveillance peuvent être ordonnées au regard des mauvaises fréquentations ou des mauvais discours de la personne : Beaussonie G., *op. cit.*

(33) *Ibid.*

(34) Chambon M., *op. cit.*, p. 143.

pénalement incriminés par le législateur^[35], la police administrative étend l'exercice de la contrainte à des zones de « non-droit pénal ». Elle tend alors à devenir une police des intentions ou de la pensée^[36], ce qui constitue une menace sérieuse pour l'État de droit.

“ *La police administrative en matière de terrorisme s'apparente parfois à un droit « infra-pénal »* ”

Troisièmement, elle paraît pouvoir être mobilisée en parallèle du processus pénal. Elle devient alors un droit « péri-pénal », dont les actes sont exécutés simultanément à ceux de la police judiciaire. On l'observait déjà avec le renseignement et le contrôle administratif des retours sur le territoire national^[37]. Ainsi, une enquête pénale portant sur des faits qualifiables d'actes de terrorisme ne fait pas obstacle au prononcé et au maintien d'une mesure individuelle de contrôle contre des personnes mises en cause dans une procédure pénale, ni à la fermeture d'un lieu de culte visé par une enquête. S'établit alors une concurrence entre la police administrative en matière de terrorisme et la répression pénale.

B. Un droit concurrent

Bien souvent, les mesures de police administrative devraient être utilisées pour des faits répréhensibles pénalement. En effet, le développement actuel de la prévention administrative du terrorisme prend le pas sur le développement de la prévention pénale^[38]. Il en résulte une situation de concurrence, patente avec la nouvelle loi^[39], qui s'observe tant au niveau du domaine et que des moyens. S'agissant du domaine d'abord, on assiste à un chevauchement des polices judiciaire et administrative, ce qui conduit à l'émergence de zones grises relevant des deux polices. Par exemple, la fermeture des lieux de culte peut être ordonnée pour ceux « dans lesquels les propos qui sont tenus, les idées ou les théories qui sont diffusées ou les activités qui se déroulent provoquent à la violence, à la haine ou à la discrimination, provoquent à la commission d'actes de terrorisme ou font l'apologie de tels actes »^[40]. Or, ces comportements constituent des

délits de provocation ou d'apologie du terrorisme^[41]. Dans le même ordre d'idée, l'une des conditions, commune au prononcé d'une mesure de contrôle administratif et aux visites, est que la personne « soit entre en relation de manière habituelle avec des personnes ou des organisations incitant, facilitant ou participant à des actes de terrorisme, soit soutient, diffuse, lorsque cette diffusion s'accompagne d'une manifestation d'adhésion à l'idéologie exprimée, ou adhère à des thèses incitant à la commission d'actes de terrorisme ou faisant l'apologie de tels actes »^[42]. Ces faits sont également susceptibles de tomber sous le coup de la qualification d'association de malfaiteurs en lien avec une entreprise terroriste, d'entreprise individuelle terroriste, de provocation au terrorisme ou d'apologie du terrorisme, et justifieraient l'ouverture d'une procédure. S'agissant des moyens ensuite, ils sont quasiment identiques, les visites s'apparentant grandement aux perquisitions, et les mesures individuelles de contrôle et de surveillance au contrôle judiciaire ou à l'assignation à résidence sous surveillance électronique^[43].

Cette concurrence instaurée entre les deux formes de police est clairement déloyale car le régime de la police administrative est bien plus flexible que celui de la police judiciaire. Quand bien même la loi du 30 octobre 2017 a renforcé les garanties de certaines de ses mesures, notamment en consacrant la compétence du juge judiciaire pour les visites et saisies^[44], la police administrative reste moins protectrice que la matière pénale, les exigences fondamentales du droit au procès équitable ne s'imposant pas – pour l'instant du moins – aux mesures de police administrative^[45]. Ce droit para-pénal paraît présenter davantage de gages d'efficacité – la police administrative « constitue le moyen terme entre la police judiciaire et la réponse militaire »^[46], un moyen à la mesure du caractère exorbitant du terrorisme^[47] – que la procédure pénale, dont l'efficacité serait obérée par les garanties qu'elle offre.

En somme, ce raisonnement oxymorique qu'est la prévention réactive à la commission des infractions trouverait sa justification, aux dires de certains qui peinent à convaincre, dans un paradoxe, celui de la restriction de l'exercice des libertés pour la préservation – par le truchement de l'ordre public – de leur existence.

(35) Par exemple, l'incrimination de la seule intention délictueuse est prohibée par le principe de nécessité des délits et des peines. Cons. const., 7 avr. 2017, n° 2017-625 QPC : D. 2017, p. 1180, note Catelan N. et Perrier J.-B. ; *ibid.*, p. 1134, point de vue Mayaud Y. ; AJ pénal 2017, p. 237 ; Constitutions 2017, p. 337 ; RSC 2017, p. 385, obs. de Lamy B.

(36) M. Chambon, *op. cit.*, p. 143.

(37) CSI, art. L. 225-1.

(38) Alix J., « La lutte contre le terrorisme, entre prévention pénale et prévention administrative », in Touillier M. (dir.), *op. cit.*, p. 149 et s.

(39) Dans sa décision QPC relative au délit de consultation habituelle des sites internet terroristes, le Conseil constitutionnel reconnaît d'une certaine manière cet état en retenant, notamment comme argument pour justifier la contrariété du délit au principe de nécessité, que la loi du 30 octobre 2017 prévoit des mesures permettant de prévenir les actes de terrorisme : Cons. const., 15 déc. 2017, n° 2017-682 QPC, § 12.

(40) CSI, art. L. 227-1.

(41) C. pén., art. 421-2-5.

(42) CSI, art. L. 228-1.

(43) Cahn O. et Leblois-Happe J., « Loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme : *perseverare diabolium* », AJ pén. 2017, p. 468 ; Beaussonie G., *op. cit.*

(44) Le régime prévu pour les visites et les saisies conduit à se demander en quoi il s'agit véritablement d'une mesure de police administrative puisqu'il emprunte énormément à la procédure pénale.

(45) CE, 22 juin 2001, n° 193392, Sté Athis : Lebon, p. 276 ; RFDA 2002, p. 509, concl. Lamy F.

(46) Chambon M., *op. cit.*, p. 134 ; Malabat V., « Les mutations du droit pénal à l'épreuve de la lutte contre le terrorisme », in Alix J. et Cahn O. (dir.), *op. cit.*, p. 173.

(47) *Ibid.*

DROIT PÉNAL

Le contrôle d'identité frontalier *Schengen* de l'article 78-2 du Code de procédure pénale ^{311k8}

L'essentiel

L'article 19 de la loi du 30 octobre 2017 a modifié l'alinéa 9 de l'article 78-2 du Code de procédure pénale relatif aux contrôles d'identité et lui a ajouté un alinéa 10. En élargissant les lieux et la durée des contrôles d'identité frontaliers, cette disposition ne manque pas de susciter certaines inquiétudes.

L. n° 2017-1510, 30 oct. 2017, renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme, art. 19 : JO, 31 oct. 2017



Note par
Véronique
TELLIER-CAYROL
Maître de conférences
HDR à l'université
François-Rabelais de
Tours, membre du Centre
de recherches en droit
privé (CRDP, EA 2116)

L'article 78-1 du Code de procédure pénale indique que « toute personne se trouvant sur le territoire national doit accepter de se prêter à un contrôle d'identité effectué dans les conditions et par les autorités de police visées aux articles suivants ». À sa suite, l'article 78-2, l'un des plus longs du code ⁽¹⁾, modifié quinze fois en 25 ans ⁽²⁾, présente les différents contrôles. Cinq types de contrôles y figurent ⁽³⁾ : le contrôle de police judiciaire, le contrôle sur réquisitions du procureur de la République, le contrôle de

police administrative, les contrôles frontaliers ultra-marins, et le contrôle frontalier dit *Schengen*.

Ce dernier contrôle a été rendu nécessaire en raison de la reconnaissance de l'espace Schengen, vaste zone de libre circulation concernant plus de 400 millions de citoyens. Ainsi, depuis que l'Union européenne a supprimé les contrôles systématiques aux frontières intérieures, le législateur français s'est efforcé de rétablir des contrôles aux frontières du territoire national. L'évolution législative (I) a abouti dernièrement à l'adoption de la loi du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme ⁽⁴⁾ : les possibilités de contrôles d'identité

frontaliers sont élargies, dans le temps (III) et dans l'espace (III), et soulèvent un certain nombre de questions (IV).

I. L'ÉVOLUTION DU CONTRÔLE D'IDENTITÉ FRONTALIER

La suppression européenne du contrôle d'identité « fixe et automatique » aux frontières internes a conduit le législateur français à encadrer des contrôles « aléatoires et mobiles ».

L'accord de Schengen. Cet accord ⁽⁵⁾, conclu en 1985 entre la France, l'Allemagne et le Bénélux, complété par la convention d'application du 19 juin 1990 (CAAS) et entré en vigueur en 1995, a supprimé tout contrôle frontalier entre les États parties (les « frontières intérieures de l'espace Schengen »). Toutefois, l'article 2, § 2, de l'accord, également appelé « clause de sauvegarde », autorise ces États à rétablir provisoirement les contrôles aux frontières intérieures dans des conditions exceptionnelles liées à l'ordre public et à la sécurité nationale. La France a ainsi rapidement utilisé cette clause les 29 juin 1995 et 26 juillet 1995 après une série d'attentats revendiqués par le groupe islamiste armé (GIA). En dehors de ces conditions exceptionnelles, les contrôles frontaliers automatiques ne sont plus permis.

La loi de 1993. En prévision de l'entrée en vigueur de la convention de Schengen, le législateur français a alors instauré, avec la loi *Pasqua* du 10 août 1993, un article 78-2, alinéa 4 (aujourd'hui alinéa 9) en vertu duquel il est possible de contrôler, dans une zone de 20 kilomètres des frontières et dans les ports, aéroports et gares ferroviaires ou routières ouverts au trafic international, l'identité de toute personne en vue de vérifier qu'elle possède bien les « titres et documents prévus par la loi », sans aucune justification tenant à l'intéressé ou à un risque éventuel pour l'ordre public (ce qui réduisait fortement la suppression européenne des contrôles frontaliers !).

Le Code frontières Schengen (2006). Le règlement européen du 15 mars 2006 relatif au régime de franchissement

(1) Il comprend 8 037 caractères espaces compris.

(2) Cela implique d'être attentif à la date de publication des décisions juridiques et des écrits doctrinaux lorsqu'il y est fait référence aux alinéas de l'article. Il convient d'ailleurs de préciser que l'alinéa est « tout mot ou groupe de mots renvoyé à la ligne, sans qu'il y ait lieu d'établir des distinctions selon la nature du signe de ponctuation placé à la fin de la ligne précédente » (Circ., 20 oct. 2000, relative au mode de décompte des alinéas lors de l'élaboration des textes : JO, 31 oct. 2000 ; JCP G 2000, III 20385) – *adde* *Guide de légistique*, 2007, La Doc. Française, p. 147.

(3) V. Fourment E., « Contrôles d'identité : "Contrôlez, contrôlez, il en restera toujours quelque chose" », *Gaz. Pal.* 14 janv. 2012, n° 18335, p. 8.

(4) L. n° 2017-1510, 30 oct. 2017, art. 19 : JO n° 0255, 31 oct. 2017.

(5) Les auteurs font référence soit à « l'accord de Schengen », c'est-à-dire l'acte initial conclu le 14 juin 1985, soit aux « accords de Schengen », c'est-à-dire l'ensemble des actes pris dans le cadre de l'accord initial.

des frontières ⁽⁶⁾, appelé « Code frontières Schengen » (CFS), a remplacé sur ce point la CAAS et prévoit que les frontières intérieures « peuvent être franchies en tout lieu sans que des vérifications soient effectuées sur les personnes quelle que soit leur nationalité ». Cela ne signifie pas pour autant que les États ne peuvent opérer aucun contrôle. Simplement, selon l'article 21 du règlement, ce contrôle ne doit pas avoir « un effet équivalent à celui des vérifications aux frontières » ⁽⁷⁾.

L'arrêt de la CJUE du 22 juin 2010, Melki et Abdeli ⁽⁸⁾. À l'occasion d'une QPC, la Cour de cassation a saisi la CJUE de la conventionnalité des contrôles de l'article 78-2, alinéa 4, du Code de procédure pénale. Sans surprise, la juridiction européenne a décidé que le régime mis en place, en n'assortissant pas les contrôles de conditions précises « notamment relatives à l'intensité et à la fréquence des contrôles » (pt 73), constituait une menace potentielle pour la libre circulation des personnes.

La première chambre civile de la Cour de cassation en a tiré les conséquences dans son arrêt du 23 février 2011 ⁽⁹⁾. Si la CJUE s'était prononcée uniquement sur les contrôles effectués dans la bande des 20 kilomètres évoquée ci-dessus, la Cour de cassation étend le raisonnement aux contrôles opérés dans les « ports, aéroports et gares ferroviaires ou routières ouverts au trafic international » qu'elle juge irréguliers, rendant nécessaire une intervention législative.

La loi du 14 mars 2011 dite LOPPSI 2. Le contrôle d'identité frontalier intervient désormais « pour la prévention et la recherche des infractions liées à la criminalité transfrontalière » et le contrôle « ne peut être pratiqué que pour une durée n'excédant pas 6 heures consécutives dans un même lieu et ne peut consister en un contrôle systématique des personnes présentes ou circulant » dans ces lieux. L'absence de systématisme du contrôle doit alors conduire à la réalisation de contrôles de manière aléatoire et ne devant pas être limités aux seules personnes dont l'apparence physique permet de penser qu'elles sont de nationalité étrangère.

Le règlement du 9 mars 2016. Le Code frontières Schengen (CFS) a fait ensuite l'objet d'un remaniement avec l'adoption du règlement (UE) n° 2016/399 du 9 mars 2016 ⁽¹⁰⁾, lequel précise les modalités de réintroduction des contrôles aux frontières. Il existe ainsi trois possibilités de réintroduction temporaire du contrôle aux frontières

intérieures ⁽¹¹⁾ : un cas général en cas de menace grave pour l'ordre public ou la sécurité intérieure (CFS, art. 25 à 27), une procédure d'urgence dans les cas nécessitant une action immédiate (CFS, art. 28), et une procédure spécifique en cas de « circonstances exceptionnelles mettant en péril le fonctionnement global de l'espace sans contrôle aux frontières intérieures » dans le cas où un État membre négligerait gravement ses obligations (CFS, art. 29).

Cette faculté de rétablissement des contrôles aux frontières intérieures a été mise en œuvre par la France le 13 novembre 2015 en vue de l'organisation de la COP21 (rétablissement initialement fondé sur les articles 23 et 24 du CFS dans sa version de 2006, puis sur les articles 25 à 27 dans sa version de 2016). Cette situation devait prendre fin le 31 octobre 2017, le délai de 2 ans arrivant à son terme, mais les autorités françaises ont fait savoir à l'Union européenne qu'elles maintenaient ces contrôles systématiques jusqu'au 30 avril 2018 en raison du risque d'attentat qui demeure élevé sur le territoire français. C'est dans ce contexte que l'Anafé, la Cimade et le Gisti ont saisi le Conseil d'État d'un recours pour excès de pouvoir et d'une demande de suspension de la décision des autorités françaises de prolonger ces contrôles aux frontières intérieures, demandes toutes deux rejetées ⁽¹²⁾.

Il faut reconnaître que la poursuite des contrôles systématiques aux frontières intérieures peut surprendre puisque, dans le même temps, a été adoptée la loi du 30 octobre 2017 qui renforce justement les possibilités de contrôles aléatoires, en en augmentant la durée et les zones géographiques.

“ On assiste progressivement
à une double extension temporelle
des contrôles ”

II. LA DURÉE DU CONTRÔLE

On assiste progressivement à une double extension temporelle des contrôles : extension de la période de rétablissement temporaire des contrôles aux frontières intérieures du Code frontières Schengen et extension de la durée du contrôle temporaire de l'article 78-2 du Code de procédure pénale.

Rétablissement des contrôles dans le cadre du CFS. La réintroduction temporaire de contrôles aux frontières intérieures est admise dans trois situations. L'article 25 du CFS prévoit ce rétablissement du contrôle en cas de « menace grave pour l'ordre public ou la sécurité intérieure d'un État membre » : la durée est prévue pour 30 jours maximum ou pour la durée prévisible de la menace grave. Cette période de 30 jours est renouvelable, sans pouvoir excéder 6 mois. L'article 28 prévoit une procédure spécifique dans les cas nécessitant une action immédiate : le

(6) Règl. (CE) n° 561/2006 du Parlement européen et du Conseil, 15 mars 2006, relatif à l'harmonisation de certaines dispositions de la législation sociale dans le domaine des transports par route, modifiant les règlements (CEE) n° 3821/85 et (CE) n° 2135/98 du Conseil et abrogeant le règlement (CEE) n° 3820/85 du Conseil.

(7) V. sur l'interprétation de l'article 21 du règlement : CJUE, 19 juill. 2012, n° C-278/12, Adil c/ Ministre de l'Immigration : D. 2012, Actu., 26 sept. 2017, obs. Fleuriot C.

(8) CJUE, 22 juin 2010, n° C-188/10, Melki A. (arrêt surtout connu pour la confrontation entre la QPC et le principe de primauté du droit de l'Union).

(9) Cass. 1^{re} civ., 23 févr. 2011, n° 09-70462 : Bull. civ. I, n° 35 ; D. 2011, p. 755, obs. Girault C. ; Rev. crit. DIP 2011, p. 603, note Parrot K. – *adde*, Cass. 1^{re} civ., 18 mai 2011, n° 10-30776 : Bull. civ. I, n° 92.

(10) Règl. (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil, 9 mars 2016, concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen).

(11) V. Labayle H., « La suppression des contrôles aux frontières intérieures de l'Union », in Blumann C. (dir.), *Les frontières de l'Union européenne*, 2013, Bruylant, p. 19 ; Lebon L., « Le contrôle aux frontières : l'exemple de Schengen », in Icard P. (dir.), *Les flux migratoires au sein de l'Union européenne*, 2017, Bruylant, p. 215.

(12) CE, 21 nov. 2017, n° 415289, et CE, 28 déc. 2017, n° 415291, Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers et autres.

contrôle aux frontières intérieures peut être réintroduit pour une période limitée n'excédant pas 10 jours (renouvelable sans que la période n'excède 2 mois). Enfin, l'article 29 vise les « circonstances exceptionnelles mettant en péril le fonctionnement global de l'espace sans contrôle aux frontières intérieures » et autorise la réintroduction des contrôles aux frontières pour une durée de 6 mois, pouvant être renouvelée trois fois (soit 2 ans maximum).

Une récente proposition de règlement (UE) n° 2017/0245 du 27 septembre 2017 du Parlement européen et du Conseil souhaite une modification de l'article 25 consistant à porter à 1 an au lieu de 6 mois la durée maximale du contrôle réintroduit temporairement aux frontières intérieures pour la durée prévisible de la menace grave, et à porter de 30 jours à 6 mois la durée maximale des périodes de prolongation.

Contrôles non systématiques dans le cadre de l'article 78-2. Avec la loi du 30 octobre 2017, les contrôles d'identité frontaliers peuvent être pratiqués en un même lieu pendant 12 heures maximum, au lieu de 6 heures antérieurement. Cette extension temporelle ne paraît pas, en soi, contraire au droit de l'Union européenne⁽¹³⁾, ce qui semble, en revanche, plus douteux s'agissant des élargissements géographiques.

III. LES LIEUX DU CONTRÔLE

Article 78-2, alinéa 9, du Code de procédure pénale. L'alinéa 9 commence par indiquer que l'identité de toute personne peut être contrôlée à 20 kilomètres de la frontière terrestre, dans les zones accessibles au public des ports, aéroports et gares ferroviaires ou routières ouverts au trafic international et aux abords de ces gares.

La zone des 20 kilomètres de la frontière avec les États parties à la CAAS ne soulève pas de difficulté majeure. Il en est de même s'agissant des ports, aéroports et gares : il suffit de se reporter à l'arrêté du 22 mars 2012⁽¹⁴⁾ et de vérifier que le contrôle se déroule dans une zone accessible au public (étant entendu que si un individu pénètre dans une zone non accessible au public, alors le contrôle d'identité ordinaire est envisageable dans la mesure où son comportement est suspect : CPP, art. 78-2, al. 2 ou al. 3).

En revanche, il est permis d'être plus circonspect sur la référence aux « abords de ces gares ». Certes, la notion « d'abords » existe déjà dans certains textes répressifs. Quelques dispositions y font référence : ainsi de l'offre de stupéfiants commise dans des établissements d'enseignement et « lors des entrées ou sorties des élèves ou du public [...] aux abords de ces établissements » (C. pén., art. 222-39) ; ainsi de la peine complémentaire

d'interdiction de pénétrer ou de se rendre « aux abords d'une enceinte où se déroule une manifestation sportive » (C. sport, art. L. 332-11).

Certes encore, le Conseil d'État relève que la possibilité de mener des contrôles aux abords des gares est une notion dont « il reviendra au juge, au cas par cas, d'apprécier la consistance au regard des circonstances de temps, de lieu, comme de la menace ou du comportement des intéressés »⁽¹⁵⁾.

Pour autant, cette souplesse peut surprendre au regard de l'exigence de précision requise en matière pénale et conduit à penser que cette indication fera l'objet d'une prochaine question prioritaire de constitutionnalité.

L'alinéa 9 de l'article 78-2 poursuit en prévoyant le contrôle « à bord d'un train effectuant une liaison internationale » : ce contrôle peut être réalisé jusqu'au premier arrêt qui se situe au-delà des 20 kilomètres. Pour les trains effectuant une liaison internationale et présentant des caractéristiques particulières de desserte, le contrôle peut être réalisé entre cet arrêt et un arrêt situé dans la limite des 50 kilomètres suivants, ce qui, théoriquement, permet de contrôler à plus de 70 kilomètres de la frontière. Théoriquement seulement puisqu'un arrêté du 22 mars 2012 ne vise en réalité que des gares proches de la frontière.

Enfin, s'il existe une section autoroutière démarrant dans la zone des 20 kilomètres de la frontière terrestre, les contrôles peuvent se dérouler jusqu'au premier péage autoroutier se situant au-delà des 20 kilomètres, la liste de ces péages figurant dans un arrêté du 13 juillet 2004. Cette extension est justifiée par des raisons de sécurité : l'absence d'aire de péage dans la zone impliquerait de réaliser les contrôles sur le bord de l'autoroute dans des conditions affectant la sécurité routière.

Article 78-2, alinéa 10, du Code de procédure pénale. La loi du 30 octobre 2017 a introduit ce nouvel alinéa. Il s'agit de permettre les contrôles d'identité « dans un rayon maximal de 10 kilomètres autour des ports et aéroports constituant des points de passage frontaliers » (PPF). Ces PPF sont les points de passage autorisés par les autorités pour le franchissement des frontières extérieures. La dernière liste date du 2 décembre 2017 et comprend 119 PPF⁽¹⁶⁾.

À l'instar de l'alinéa précédent, l'article précise que la limite des 10 kilomètres peut être dépassée en cas de section autoroutière commençant dans cette limite : le contrôle peut avoir lieu jusqu'au premier péage.

L'espace frontalier s'est donc progressivement élargi pour concerner aujourd'hui 67 % de la population métropolitaine⁽¹⁷⁾, ce qui pose question au regard des exigences constitutionnelle et européenne.

(13) Le Conseil d'État estime que cette extension reste « dans les limites tolérées par le droit de l'Union », v. CE, avis, 15 juin 2017, n° 393348 (pt 23). *Adde*, Cahn O. et Leblois-Happe J., « Loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité et la lutte contre le terrorisme : *perseverare diabolicum* », *AJ pénal* 2017, p. 468 ; plus nuancée : Le Drévo D., « Contrôles d'identité, plan Vigipirate et état d'urgence », *AJ pénal* 2017, p. 493.

(14) Rassurons aussitôt les étudiants passant les épreuves de cas pratiques à l'ENM ou au CRFPA : ce texte est inséré dans le Code de procédure pénale à la suite de l'article 78-2. Attention néanmoins à la référence faite à l'alinéa 8 de l'article 78-2 (art. 1^{er} et 2, et titres des annexes I et II) : il s'agit désormais de l'alinéa 9.

(15) CE, avis, 15 juin 2017, n° 393348, préc., pt 25.

(16) JOUE n° 2017/C 411/06, 2 déc. 2017, p. 10 : 74 frontières aériennes, 33 frontières maritimes et 12 frontières terrestres.

(17) V. Jacquin J.-B., « Le gouvernement prépare une extension massive des contrôles d'identité "aux frontières" », *Le Monde*, 12 sept. 2017.

“ *L'article 78-2 inquiète nombre d'associations et de juristes au regard du risque d'un retour au contrôle systématique déguisé* ”

IV. LE CONTRÔLE DU CONTRÔLE

Les alinéas 9 et 10 de l'article 78-2 conditionnent les contrôles d'identité frontaliers à « la prévention et la recherche des infractions liées à la criminalité transfrontalière », et les limitent à une durée de « 12 heures consécutives dans un même lieu », tout en prenant soin de préciser qu'ils ne peuvent « consister en un contrôle systématique des personnes présentes ».

Pour autant, ces dispositions inquiètent nombre d'associations et de juristes au regard du risque d'un retour au contrôle systématique déguisé.

Criminalité transfrontalière ? Une telle suspicion était déjà relevée avec la loi *Loppsi 2* : « aucun comportement suspect des personnes contrôlées n'est exigé et, sous couvert de "lutter contre la criminalité transfrontalière", les autorités françaises demeurent parfaitement libres d'opérer tous contrôles de titre et en particulier celui du respect des conditions d'entrée sur le territoire français »⁽¹⁸⁾. La recherche et la prévention des infractions liées à la criminalité transfrontalière constituent, en l'absence de définition de cette criminalité, une condition très souple. Tout au plus peut-on se référer à la définition de l'infraction transnationale selon la convention des Nations unies : « Une infraction est de nature transnationale si : a) elle a été commise dans plus d'un État ; b) elle est commise dans un État, mais qu'une partie substantielle de sa

préparation, de sa planification, de sa conduite ou de son contrôle a lieu dans un autre État ; c) elle est commise dans un État mais implique un groupe criminel organisé qui se livre à des activités criminelles dans plus d'un État, ou d) elle est commise dans un État mais a des effets dans un autre État »⁽¹⁹⁾.

Limite géographique ? L'élargissement géographique permet d'englober de nombreuses villes. En Corse, où il y a sept ports et quatre aéroports, le rayon des 10 kilomètres soumet l'essentiel du territoire de l'île à la possibilité de contrôles. Il en est de même pour Paris. La limitation géographique apparaît dès lors assez artificielle.

Intervalle entre deux périodes de contrôles ? Aucun délai n'est indiqué entre deux contrôles de 12 heures ; aucune précision non plus sur ce qu'il faut entendre par « dans un même lieu ». Il appartient alors à la Cour de cassation de veiller à ce que l'application de l'article 78-2, alinéas 9 et 10, ne favorise pas les détournements de procédure. Elle l'a fait par le passé : l'article 78-2, alinéa 8 (aujourd'hui al. 9) « ne saurait permettre d'éluder les conditions de fond et de forme applicables aux autres types de contrôles d'identité prévus par le même article »⁽²⁰⁾. Ou encore une opération se déroulant pendant deux périodes de 6 heures espacées de 30 minutes n'est pas régulière : « Cette interruption de quelques minutes ne respecte pas le sens des dispositions de l'article 78-2 du Code de procédure pénale et équivaut à un contrôle permanent »⁽²¹⁾.

Assurément, la Cour de cassation aura à contrôler ces contrôles. Assurément, cette disposition fera l'objet d'une question préjudicielle ou d'une question prioritaire de constitutionnalité. Il ne faut pas en effet que ce contrôle d'identité frontalier revête un effet équivalent à celui des vérifications systématiques aux frontières extérieures.

(18) Cass. 1^{re} civ., 23 févr. 2011, n° 09-70462 : Rev. crit. DIP 2011, p. 603, note Parrot K.

(19) Art. 3.2 de la convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, dite convention de Palerme, déc. 2000.

(20) Cass. crim., 3 mai 2007, n° 07-81331 : AJ pénal 2007, p. 329, obs. Girault C.

(21) CA Aix-en-Provence, 1^{er} mai 2011, n° 319/2011.

DROIT PÉNAL

Vade-mecum des contrôles de sécurité ^{311r7}

L'essentiel

Essentiellement attentatoires à la vie privée et à la liberté d'aller et venir, les contrôles de sécurité (fouilles, palpations et visites de véhicule) sont évidemment des mesures de police judiciaire au service de la manifestation de la vérité. Et pourtant, le législateur encourage le recours à ces mesures de contrôle dans le cadre de missions de police administrative. Faire un état des lieux des différents régimes de contrôle met ainsi en exergue l'imbrication subtile entre police judiciaire et police administrative en la matière.

L. n° 2017-1510, 30 oct. 2017, renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme, art. 1 : JO, 31 oct. 2017



Note par

Delphine

THOMAS-TAILLANDIER
Maître de conférences
à l'université François-
Rabelais de Tours,
membre du CRDP
(EA 2116 - IRJI)

Les mesures de contrôle de sécurité – ici les palpations de sécurité, l'inspection visuelle ou la fouille de bagages et la visite de véhicules – font l'objet d'un imbroglio juridique, du fait notamment de la dualité de leurs sources (Code de procédure pénale et Code de la sécurité intérieure) et de la dualité de leur nature (tantôt simples mesures de sécurité, tantôt mesures d'investigation). Traditionnellement, « [l'opération de police] est judiciaire à partir du moment où elle a un objet précis

pouvant donner lieu à des poursuites correctionnelles ou criminelles (...). Tant que l'agent exerce une mission de contrôle ou de surveillance générale (...), il est dans l'exercice de la police administrative » ⁽¹⁾. Aujourd'hui, la frontière n'est plus si évidente.

Essentiellement attentatoires à la vie privée et à la liberté d'aller et venir, ces mesures pourraient être seulement des mesures de police judiciaire. Et pourtant, le législateur est plutôt favorable à l'administrativisation de notre protection. Les dernières réformes en ce sens impactent d'ailleurs les mesures de contrôle de sécurité. De manière non exhaustive, le législateur renforce les moyens de police administrative dans la lutte contre le terrorisme, alors même que les avis ⁽²⁾ sont mitigés, notamment lorsqu'il s'agit de renforcer l'implication du préfet dans les procédures de contrôle de sécurité. C'est ainsi que la loi du

3 juin 2016 ⁽³⁾ est venue améliorer le cadre légal des mesures de sécurité. Ou encore la récente loi du 30 octobre 2017 ⁽⁴⁾, objet du présent article, critiquée essentiellement pour avoir introduit dans le droit commun des mesures qui concernaient initialement l'état d'urgence, qui prévoit désormais la possibilité d'avoir recours à ce type de mesures dans les périmètres de protection ⁽⁵⁾. Cette nouvelle zone de sécurité a pour but de prévenir des actes de terrorisme en encourageant le recours aux mesures de contrôle sur ordre du préfet.

Le renforcement de cet aspect protecteur des contrôles de sécurité n'est pas sans semer le trouble quant à l'équilibre avec ces mêmes mesures diligentées en matière de police judiciaire en vue de l'établissement de la vérité. Ainsi, pour éclairer le lecteur sur les différents régimes relatifs à ces mesures de sécurité, il conviendra d'exposer simplement les mesures portant d'abord sur les biens (I) puis sur les personnes (II).

“ Récemment, la visite de véhicules ainsi que l'inspection visuelle et la fouille de bagages sont devenues des mesures autonomes du contrôle d'identité ”

I. LES MESURES DE SÉCURITÉ PORTANT SUR LES BIENS

Récemment, la visite de véhicules (A) ainsi que l'inspection visuelle et la fouille de bagages (B) sont devenues des mesures autonomes du contrôle d'identité. En effet, l'article 78-2-2 du Code de procédure pénale ⁽⁶⁾ les présente distinctement. Dès lors, même si en pratique, elles de-

(1) Trib. confl., 18 mai 1951, Époux Noualek » (conclusions du commissaire du gouvernement Delvolle).

(2) Not. avis du Conseil d'État sur le projet de loi – juin 2016 ; avis de l'USM (particulièrement opposée à la mise en place, sur décision écrite et motivée du préfet, de mesures de contrôle en cas de menace terroriste aux abords de sites ou d'installations sensibles).

(3) L. n° 2016-731, 3 juin 2016, renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale, contenant un chapitre VI « Dispositions renforçant l'enquête et les contrôles administratifs ».

(4) L. n° 2017-1510, 30 oct. 2017, renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme.

(5) Nouveau chapitre VI inséré dans le titre II du livre II du Code de la sécurité intérieure.

(6) Modifié par la loi du 3 juin 2016, art. 47.

vraient souvent rester attachées à un contrôle d'identité, il sera désormais possible d'y recourir sans être ralenti par une opération parallèle de contrôle d'identité.

A. Les visites de véhicules

Dans le Code de procédure pénale et le Code de la sécurité intérieure, sont expressément visés les véhicules circulant, arrêtés ou stationnant sur la voie publique ou dans des lieux accessibles au public. Sont donc ici exclus les véhicules spécialement aménagés à usage d'habitation ou stationnant sur une propriété privée⁽⁷⁾. Plusieurs hypothèses de fouille sont alors envisageables. Si les deux premières sont clairement des mesures visant à l'établissement de la vérité (donc des mesures de police judiciaire), il apparaît en revanche que les deux suivantes sont davantage des mesures visant à la prévention des infractions (donc des mesures de police administrative).

La fouille aux fins de recherche et de poursuite des infractions de grande criminalité (CPP, art. 78-2-2, II). Créé par la loi du 15 novembre 2001⁽⁸⁾, l'article 78-2-2, II du Code de procédure pénale en est à sa septième modification avec la loi du 3 juin 2016 susvisée venue clarifier d'abord le champ des infractions potentiellement concernées par ces mesures de contrôle. Dans une circulaire⁽⁹⁾, est alors précisé que « l'énumération des infractions pour la recherche et la poursuite desquelles le procureur de la République peut délivrer des réquisitions sur le fondement de l'article 78-2-2 du Code de procédure pénale fait l'objet d'une présentation clarifiée par catégorie d'infractions, numérotées de 1° à 7 ». À l'instar d'autres dispositions du Code de procédure pénale⁽¹⁰⁾, nul n'est dupe de ce que ce système d'énumération laisse surtout la liberté au législateur de faire évoluer cette liste. On soulignera également le manque de clarté dû au fait que le législateur renvoie seulement aux articles définissant ces catégories d'infractions, ce qui suppose une faible lisibilité du champ d'application de cette mesure et un travail de mise à jour important à la moindre réforme. Dans le même temps, le législateur a précisé les autorités chargées d'exécuter ces mesures de contrôle portant sur les biens. Il faut surtout noter la présence effective de l'officier de police judiciaire, lequel ne peut qu'être assisté de certains agents de police judiciaire⁽¹¹⁾.

Enfin, les modalités de mise en œuvre de la mesure de contrôle varient selon la mobilité ou non du véhicule :

– si le véhicule est en circulation, la fouille dure le temps strictement nécessaire et en présence obligatoirement du conducteur ;

– si le véhicule est à l'arrêt ou en stationnement, la fouille dure au maximum 24 heures, renouvelables sur décision expresse et motivée⁽¹²⁾ et en présence du conducteur, du propriétaire ou d'un témoin, sauf si la mesure présente un danger pour la sécurité.

La fouille en cas d'infraction flagrante (CPP, art. 78-2-3). Récemment modifiée par la loi du 22 mars 2016⁽¹³⁾, est envisagée la fouille d'un véhicule dans lequel le conducteur ou le passager présente plusieurs signes laissant penser qu'il a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit flagrant. Comme précédemment, les opérations doivent être réalisées par un officier de police judiciaire, éventuellement assisté d'un agent de police judiciaire ou de certains agents de police judiciaire adjoints. Quant aux modalités, la fouille ne dure que le temps strictement nécessaire et, étant vue comme une mesure d'investigation en matière de flagrance, elle est par nature coercitive.

La fouille motivée par la préservation de l'ordre public (CPP, art. 78-2-4). Modifiée par la loi du 3 juin 2016, la fouille vise cette fois la prévention d'atteintes graves à la sécurité des personnes et des biens. Ici, la mesure n'est envisageable qu'avec l'accord du conducteur ou sur instruction du procureur de la République communiquée par tout moyen. Le véhicule, quant à lui, peut être immobilisé 30 minutes, le temps pour l'officier de police judiciaire ou, sur son ordre et sous sa responsabilité, l'agent de police judiciaire ou l'agent de police judiciaire adjoint de procéder à ladite fouille. Momentanément privative de liberté, elle n'est évidemment organisée qu'à des fins de police administrative, sans méconnaître pour autant l'article 66 de la Constitution⁽¹⁴⁾.

La fouille des véhicules situés dans un périmètre de protection (CSI, art. L. 226-1, al. 6). Depuis la loi du 30 octobre 2017 précitée, il est désormais prévu que les véhicules susceptibles de pénétrer au sein de ce périmètre de protection peuvent être visités, sur décision du préfet. Le législateur prévoit néanmoins que les opérations ne peuvent être accomplies que par certains agents dont il dresse la liste, et impose de recueillir le consentement du conducteur. Il est à souhaiter que ce nouveau régime de fouille de droit commun soit suffisamment circonstancié et justifié pour éviter qu'il ne soit déclaré inconstitutionnel, comme vient de le faire le Conseil constitutionnel à propos du régime d'état d'urgence⁽¹⁵⁾.

B. Les inspections visuelles et fouilles de bagages

Là encore, le législateur dissémine dans le Code de procédure pénale et le Code de la sécurité intérieure plusieurs hypothèses qui feraient des inspections visuelles

(7) Dans ces hypothèses, s'applique le régime classique de la perquisition lorsqu'il s'agit de visiter ces véhicules.

(8) L. n° 2001-1062, 15 nov. 2001, relative à la sécurité quotidienne.

(9) Circ., 17 juin 2016, de présentation des dispositions générales de procédure pénale immédiatement applicables de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale.

(10) Par ex. CPP, art. 706-73.

(11) Cass. crim., 28 sept. 2010, n° 10-82699 : « les visites de véhicule, faites sur la base des articles 78-2-2 et 78-2-3 du CPP, relèvent de la compétence des OPJ qui doivent y procéder personnellement, éventuellement assistés par des APJ ou APJA. En l'espèce, le procès-verbal ne mentionnait ni l'intervention personnelle de l'OPJ, ni même sa présence sur place lors de la visite ».

(12) S'applique ici le régime du contrôle d'identité (CPP, art. 78-2-2, al. 1) : Cass. crim., 13 sept. 2017, n° 17-83986 : Dalloz actualité, 4 oct 2017, comm. Fucini S.

(13) L. n° 2016-339, 22 mars 2016, relative à la prévention et à la lutte contre les incivilités, contre les atteintes à la sécurité publique et contre les actes terroristes dans les transports collectifs de voyageurs, art. 9.

(14) Cons. const., 8 juin 2012, n° 2012-253 QPC, Mickaël D. [Ivresse publique] ou Cons. const., 13 mars 2003, n° 2003-467 DC, LSI, cons. 15 et 16 [concernant la retenue, pendant 30 minutes, du conducteur qui s'oppose à la fouille de son véhicule, dans l'attente des instructions du procureur de la République].

(15) Cons. const., 1^{er} déc. 2017, n° 2017-677 QPC, Ligue des droits de l'Homme [Contrôles d'identité, fouilles de bagages et visites de véhicules dans le cadre de l'état d'urgence].

et fouilles de bagages tantôt des mesures de police judiciaire, tantôt des mesures de police administrative.

“ La fouille suppose une retenue strictement nécessaire des propriétaires des bagages puisqu’elle ne peut se faire qu’en leur présence ”

Les inspections visuelles et fouilles aux fins de recherche et de poursuite des infractions de grande criminalité (CPP, art. 78-2-2, III). Longtemps, il n’y a eu aucune disposition légale régissant spécifiquement le contrôle des bagages par les forces de police et de gendarmerie. La jurisprudence assimilait donc cette mesure de contrôle à une perquisition⁽¹⁶⁾ puisqu’elle suppose une recherche dans un « lieu » normalement clos en vue d’établir l’existence d’une infraction. Ainsi, lors d’un simple contrôle d’identité, la fouille d’un bagage n’était pas envisagée, sauf à ce qu’un tel contrôle révèle l’existence d’une infraction permettant de revenir aux dispositions régissant la perquisition. Cette jurisprudence ne s’appliquait toutefois qu’à la fouille du bagage, et non pas à l’inspection visuelle consistant simplement en une ouverture du bagage par son propriétaire et un regard circulaire de l’agent de sécurité. Le degré d’intrusion n’étant pas le même, la fouille était plutôt perçue comme une mesure d’investigation, là où l’inspection visuelle se contentait d’être une mesure de sécurité. C’est d’ailleurs la raison pour laquelle les agents de surveillance, de gardiennage ou de sûreté, y compris les agents agréés employés par des sociétés privées, peuvent inspecter visuellement les bagages à main, alors qu’il leur faut le consentement de la personne pour envisager de les fouiller.

Finalement, le législateur a réécrit l’article 78-2-2, III⁽¹⁷⁾ limitant, initialement, le contrôle aux bagages situés « dans les véhicules et emprises immobilières des transports publics de voyageurs ». Très rapidement⁽¹⁸⁾, il a élargi le contrôle à tout lieu accessible au public. Dès lors, s’il allait de soi que l’on pouvait fouiller un bagage se trouvant dans un véhicule (la visite du véhicule ne pouvant se limiter à sa seule ouverture sans en inspecter le contenu), le législateur a également encouragé le contrôle sur les bagages détenus par un piéton ou encore par un passager dans un transport public dès lors qu’il y a une suspicion d’infractions de grande criminalité. La fouille suppose, ainsi, une retenue strictement nécessaire des propriétaires des bagages puisqu’elle ne peut se faire qu’en leur présence.

Les inspections visuelles et fouilles motivées par la préservation de l’ordre public (CPP, art. 78-2-4, 2°). Comme précédemment, la mesure a pour objectif de prévenir une atteinte grave à la sécurité des personnes et des biens. Cette hypothèse de police administrative a été étendue par la loi du 3 juin 2016, à l’instar de la visite de véhicules.

Les inspections visuelles et fouilles lors de manifestations (CSI, art. L. 511-1). Modifié par la loi du 28 février 2017⁽¹⁹⁾, le contrôle peut ici être assuré par les policiers municipaux lorsqu’ils sont affectés, sur décision du maire, à la sécurité d’une manifestation sportive, récréative ou culturelle mentionnée à l’article L. 613-3 du Code de la sécurité intérieure ou à la surveillance de l’accès à un bâtiment communal.

Les inspections visuelles et fouilles dans un périmètre de protection (CSI, art. L. 226-1, al. 4). S’il y a un risque d’actes de terrorisme, le préfet peut envisager des inspections et des fouilles de bagages dans les périmètres de protection qu’il prédéfinit⁽²⁰⁾. Dans ce cas, la mesure peut être réalisée par un officier de police judiciaire, mais aussi, par exemple, par un volontaire servant en qualité de militaire qui agit sur l’ordre et sous la responsabilité de l’OPJ. Enfin, l’inspection visuelle ou la fouille du bagage doit avoir lieu en présence du propriétaire.

II. LES MESURES DE SÉCURITÉ PORTANT SUR LES PERSONNES

On envisage ici deux types de mesures de contrôle portant directement sur la personne : la palpation de sécurité (A) et la fouille de sécurité (B).

A. La palpation de sécurité

Cette mesure de police amenant à palper une personne et à saisir tout objet en sa possession susceptible d’être dangereux peut être le fait de tout agent de la force publique. Plus précisément, la palpation consiste en un examen sur les vêtements⁽²¹⁾ de l’intéressé par un agent de même sexe. Dans le cadre d’une enquête judiciaire, la palpation de sécurité est alors vue comme un contrôle a minima de la personne suspectée⁽²²⁾. Or, on remarque qu’elle est envisagée plus largement au sein du Code de la sécurité intérieure :

– **lors d’un contrôle d’identité (CSI, art. R. 434-16, al. 3) :** la palpation est ici exclusivement une mesure de sûreté qui protège aussi bien l’agent qui y procède que la personne contrôlée. Liée dans cette hypothèse au contrôle d’identité, la jurisprudence a toutefois eu à préciser qu’une palpation ne pouvait être le prétexte pour fouiller une sacoche si elle ne révélait aucune suspicion d’infraction⁽²³⁾ ;

– **lorsqu’il existe des circonstances particulières liées à l’existence de menaces graves pour la sécurité publique (CSI, art. L. 613-2) :** la palpation est alors envisageable pour un temps donné et à l’abord des lieux préalablement déterminés par le préfet. Le contrôle s’opère avec consentement exprès de l’intéressé ;

– **lors de manifestations sportives, récréatives ou culturelles rassemblant plus de 300 spectateurs (CSI, art. L. 613-3) :** le législateur envisage la palpation de sécurité comme un moyen de prévenir la détention d’objets dangereux lors de ce type de manifestations. Elle est alors

(16) Cass. crim., 15 oct. 1984, n° 83-93689, à propos de la fouille d’un portefeuille par des agents douaniers.

(17) L. n° 2016-339, 22 mars 2016, préc.

(18) L. n° 2016-731, 3 juin 2016, préc., art. 47.

(19) L. n° 2017-258, 28 févr. 2017, relative à la sécurité publique, art. 21.

(20) Le risque d’arbitraire est notamment dénoncé par Cahn O. et Leblois-Happe J. in « Loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme : *perseverare diabolicum* », AJ pénal 2017, p. 468.

(21) Cass. crim., 31 mai 2011, n° 11-80034.

(22) CPP, art. 63-7.

(23) Cass. crim., 23 mars 2016, n° 14-87370.

effectuée par des agents agréés par le Conseil national des activités privées de sécurité. Ces derniers sont placés sous le contrôle d'un officier de police judiciaire et doivent recueillir le consentement des personnes souhaitant accéder à la manifestation. Rien d'étonnant à ce que de tels agents puissent avoir recours à ce genre de pratique puisque déjà, à l'intérieur des bâtiments ou dans les limites des lieux dont ils ont la garde ⁽²⁴⁾, ils disposent de cette prérogative dans le cadre de leur mission ⁽²⁵⁾.

“ Le système français des mesures de sécurité s'enrichit sans cesse de nouveaux cas de contrôle et entremêle subtilement police judiciaire et police administrative ”

B. La fouille de sécurité

Exclusivement envisagée en matière de police judiciaire, la fouille d'une personne n'a longtemps été prévue que dans l'hypothèse d'une fouille à corps, c'est-à-dire d'une mise à nu systématique de la personne en vue de rechercher des objets ou indices susceptibles d'intéresser l'enquête.

Le législateur a néanmoins revu les hypothèses de fouille à personne en les hiérarchisant. Depuis la loi du 14 avril 2011 relative à la garde à vue, si la mesure de palpation ne suffit pas, on trouve également :

– en principe, la fouille de sécurité qui permet aux agents de vérifier que toute personne faisant l'objet d'une mesure de rétention dans un commissariat ne possède pas d'objets dangereux (CPP, art. 63-6). Il s'agit en principe d'utiliser des détecteurs de métaux, non pas de demander à la personne de se déshabiller ;

– à titre exceptionnel, la fouille intégrale qui suppose des investigations corporelles internes, cet examen devant être justifié et exercé par un médecin requis à cet effet (CPP, art. 63-7).

À travers cette synthèse, le système français des mesures de sécurité apparaît comme complexe en ce qu'il s'enrichit sans cesse de nouveaux cas de contrôle et entremêle subtilement police judiciaire et police administrative. Les avancées législatives en la matière n'ont pas manqué de conforter le flou qui a tendance à s'installer entre ces deux formes de police, d'autant que les mesures de police administrative ne sont plus uniquement préventives ou curatives des troubles à l'ordre public, mais bel et bien rattachées à la recherche d'infractions ⁽²⁶⁾.

Il est regrettable qu'il n'y ait pas eu parallèlement un accroissement des garanties pour maintenir un équilibre certain entre les libertés et la sauvegarde de l'ordre public. Si le législateur se satisfait du recueil du consentement de l'intéressé et du contrôle par un juge, certaines réserves peuvent être formulées quant aux contrôles vraisemblablement insuffisants du juge administratif comme du juge judiciaire. Il ne serait alors pas étonnant que le Conseil constitutionnel soit saisi pour se prononcer sur ces nouvelles opérations de contrôle qui alimentent désormais notre droit commun.

(24) CSI, art. L. 611-1.

(25) CSI, art. L. 613-2.

(26) Herran T., « L'impact de la loi relative à la sécurité publique sur la distinction entre la police judiciaire et la police administrative », AJ pénal 2017, p. 472.

DROIT PÉNAL

Fermeture des lieux de culte appelant au djihad ^{311k9}

L'essentiel

La fermeture temporaire d'un lieu de culte peut désormais être décidée par l'autorité administrative indépendamment de tout état d'urgence pour prévenir la commission d'actes de terrorisme. S'ajoutant à beaucoup d'autres, une telle mesure n'apparaît pas forcément nécessaire. En toute hypothèse, sa mise en œuvre pose de nombreuses difficultés.

L. n° 2017-1510, 30 oct. 2017, renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme, art. 2 : JO, 31 oct. 2017



Note par
Emmanuel DREYER
Professeur à l'école de
droit de la Sorbonne
(Paris 1), directeur du M2
Droit pénal fondamental

1. Chacun sait que l'état d'urgence fut appliqué dans notre pays du 14 novembre 2015 au 1^{er} novembre 2017. Il fut renouvelé à six reprises mais ne pouvait être perpétué, sauf à remettre en cause sa définition même. Cependant, le maintien d'une menace terroriste diffuse a justifié qu'à l'issue de cette période soit introduit dans la législation antiterroriste un certain nombre de dispositions qui s'inspirent de son régime, afin de permettre à l'autorité de police

administrative d'intervenir chaque fois que nécessaire. Il en va notamment ainsi pour la fermeture d'un lieu de culte.

La loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence permettait au ministre de l'Intérieur ou aux préfets d'ordonner « la fermeture provisoire des salles de spectacles, débits de boissons et lieux de réunion de toute nature, en particulier des lieux de culte au sein desquels sont tenus des propos constituant une provocation à la haine ou à la violence ou une provocation à la commission d'actes de terrorisme ou faisant l'apologie de tels actes » (art. 8, al. 1^{er}). La méconnaissance d'une telle mesure était sanctionnée par six mois d'emprisonnement et 7 500 € d'amende (art. 13, al. 1^{er}). Le Conseil constitutionnel en a admis la conformité à la Constitution. Certes, il a constaté qu'une telle fermeture porte « atteinte au droit d'expression collective des idées et des opinions », mais il a observé qu'elle ne peut être prononcée que dans le cadre étroit de l'état d'urgence et qu'elle doit être motivée, nécessaire et proportionnée à l'objectif poursuivi (ce qu'il appartient au juge administratif de vérifier), de sorte que la disposition en cause opère « une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée entre le droit d'expression collective des idées et des opinions et l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public » ⁽¹⁾. Sur

ce fondement, 16 lieux de culte ont été fermés entre 2015 et 2017 ⁽²⁾.

Ce texte n'est plus applicable. Toutefois, l'article 2 de la récente loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 a introduit dans le Code de la sécurité intérieure (CSI) un article L. 227-1 rédigé comme suit : « Aux seules fins de prévenir la commission d'actes de terrorisme, le représentant de l'État dans le département ou, à Paris, le préfet de police peut prononcer la fermeture des lieux de culte dans lesquels les propos qui sont tenus, les idées ou théories qui sont diffusées ou les activités qui se déroulent provoquent à la violence, à la haine ou à la discrimination, provoquent à la commission d'actes de terrorisme ou font l'apologie de tels actes » (CSI, art. L. 227-1, al. 1^{er}). Limitée aux lieux de culte, cette mesure dispose d'un champ d'application plus étroit que la précédente. Les motifs de la mesure semblent également exprimés de façon plus précise. Une nouvelle police spéciale est ainsi introduite, qui présente l'avantage, par rapport à la police générale du maire (subsistant par ailleurs : CGCT, art. L. 2212-2), d'être mieux encadrée. En effet, le même article L. 227-1 ajoute : « Cette fermeture, dont la durée doit être proportionnée aux circonstances qui l'ont motivée et qui ne peut excéder six mois, est prononcée par arrêté motivé et précédée d'une procédure contradictoire dans les conditions prévues au chapitre II du titre II du livre I^{er} du Code des relations entre le public et l'administration » (CSI, art. L. 227-1, al. 2). Il est précisé à la suite que l'arrêté de fermeture doit être assorti d'un délai minimum d'exécution qui ne peut être inférieur à 48 heures : la mesure ne peut être exécutée d'office à l'issue de ce délai qu'en l'absence de saisine du juge administratif (CJA, art. L. 521-2) ⁽³⁾. Enfin, « la violation d'une mesure de fermeture d'un lieu de culte prise en application de l'article L. 227-1 est punie d'une peine de six mois d'emprisonnement et de 7 500 € d'amende » par l'article L. 227-2 du Code de la sécurité intérieure, à l'instar des sanctions encourues sous l'état d'urgence.

Il est difficile de porter un regard lucide sur un tel dispositif. On tentera néanmoins de s'interroger sur sa légitimité (I) puis sur les rapports ambigus que le droit administratif semble y entretenir avec le droit pénal (II).

(2) Rapp. Sénat, Mercier M., 12 juill. 2017, n° 629, p. 42.

(3) Ces dispositions sont applicables jusqu'au 31 décembre 2020. La loi leur reconnaît donc un caractère temporaire qui présente l'avantage de soumettre leur reconduction à un nouveau vote.

(1) Cons. const., 19 févr. 2016, n° 2016-535 QPC, Ligue des droits de l'Homme, § 10.

I. CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES SUR LA LÉGITIMITÉ DU DISPOSITIF

2. La lecture de l'article L. 227-1 du Code de la sécurité intérieure ne permet pas d'en saisir immédiatement la logique. En effet, la fermeture dont il est question n'est pas équivalente à une interdiction : elle n'est pas définitive mais temporaire. Elle évoque davantage l'idée d'une suspension de toute activité dans l'attente d'une meilleure organisation du lieu de culte permettant de garantir un fonctionnement conforme aux règles de la République. Concrètement, au cours de ladite fermeture, il appartient à l'autorité administrative « de remplacer l'équipe gestionnaire de l'association cultuelle, de mettre en place des mesures, telles que la vidéo-protection ou le recours à des vigiles, propres à assurer le maintien de l'ordre public à l'intérieur ou aux abords du lieu de culte »⁽⁴⁾. L'objectif est donc à terme la réouverture du lieu de culte pour éviter la constitution de locaux clandestins, moins faciles à contrôler, ou la multiplication des « prières de rue » qui choquent l'opinion. Si, à l'issue du délai de six mois, aucun accord n'a pu être trouvé, une fermeture définitive peut être ordonnée par l'autorité de police en vertu de ses pouvoirs généraux⁽⁵⁾.

C'est à l'aune de cette explication qu'il faut s'interroger sur la légitimité d'un tel dispositif.

“ *Le principe même du pouvoir de fermeture temporaire des lieux de culte interroge* ”

3. En l'occurrence, son régime semble tout à fait acceptable : conformément aux exigences conventionnelles et constitutionnelles, une procédure contradictoire préalable est prévue, ainsi qu'un délai minimal d'exécution qui permet d'introduire un recours en référé devant le juge administratif, lequel produit un effet suspensif. Il est difficile de faire mieux.

Néanmoins, le principe même de ce pouvoir de fermeture interroge. Il est possible de le justifier en soulignant qu'il s'agit d'un moindre mal par rapport à la fermeture définitive, et donc d'une solution de compromis satisfaisant l'exigence de proportionnalité requise tant par la juridiction de Strasbourg (Conv. EDH, art. 9) que par les Sages de la rue de Montpensier (DDHC, art. 10). Il en va *a fortiori* de la sorte si on rappelle que l'objectif n'est pas de priver les croyants d'un lieu de culte mais, au contraire, de leur permettre d'exprimer leur foi de façon sereine sans devenir les otages d'une fraction extrémiste de prêcheurs qui voudraient les manipuler. Le caractère fondamental de la liberté de conscience semble ainsi correctement pris en compte.

Toutefois, ce premier constat ne suffit pas à lever toute objection. En effet, il faut encore se demander si cette police supplémentaire est réellement utile au regard des dispositifs existants. Or, on peut nourrir quelques doutes à cet égard.

4. Les mesures de surveillance, d'assignation à résidence, voire d'expulsion qui existent par ailleurs ne sont-elles pas suffisantes pour faire face à la menace terroriste ? Ce sont moins les lieux de culte qui posent difficulté que les personnes qui s'y expriment ou y agissent. Faut-il s'en prendre aux lieux mêmes, au risque d'affecter non seulement les prêcheurs mais aussi les fidèles ?

Si l'association cultuelle pose problème, elle doit être dissoute (CSI, art. L. 212-1). Toutefois, faut-il doubler cette dissolution de la fermeture temporaire du lieu de culte ? On comprend qu'un lieu de culte puisse être temporairement fermé par le maire ou le préfet lorsqu'il est « en infraction avec les règles de sécurité propres à ce type d'établissement, jusqu'à la réalisation des travaux de mise en conformité » (CCH, art. L. 123-4). Cependant, la même solution s'applique-t-elle à un danger non pas physique mais moral ? Peut-elle s'appliquer alors que le risque semble écarté par l'effet des mesures prises contre les individus les plus actifs en ce lieu ? Décider de la fermeture dans ces conditions, n'est-ce pas considérer que les fidèles eux-mêmes présentent un danger, et donc les suspecter au seul motif qu'ils auront accepté d'entendre des discours troublant l'ordre public ? Cela fait-il d'eux nécessairement des candidats au djihad ? Leur passivité peut-elle être perçue comme une menace au point de souhaiter leur dispersion, au moins temporaire ? Ne deviennent-ils pas alors plus difficiles à contrôler ? En toute hypothèse, que signifie ce paternalisme républicain qui prétend venir en aide à des fidèles suspectés de ne pas être capables de choisir eux-mêmes leur guide et qui se propose, en conséquence, de choisir celui-ci à leur place ?

Il n'est pas facile de répondre à ces interrogations. La nécessité pratique de la fermeture d'un lieu de culte avant modification du bureau de l'association qui le gère peut être admise, mais on regrettera que la question n'ait pas été davantage débattue au moment de l'adoption de la loi. Un *aggiornamento* des prérogatives du ministre de l'Intérieur et des préfets en la matière n'a pas été fait alors qu'il aurait été bon de dresser un bilan de toutes les mesures applicables. Peut-être serait-il alors apparu que la mesure est moins nécessaire que le bon sens ne le donne à penser.

II. CONSIDÉRATIONS PARTICULIÈRES SUR L'HYBRIDATION DU DROIT DE L'ANTITERRORISME

5. Par ailleurs, se pose une autre question : les frontières naturelles du droit administratif et du droit pénal sont-elles encore respectées ici ? En effet, le vocabulaire employé pour convaincre de la nécessité d'une fermeture administrative est purement répressif : une intervention paraît s'imposer parce que des messages constituant des infractions sont exprimés dans un lieu de culte. Un tel rapprochement n'entraîne-t-il pas des confusions ?

6. Répondre à cette question suppose d'identifier d'abord les messages qui, attestant d'un dysfonctionnement du lieu de culte, justifient sa fermeture. Sont essentiellement concernés les propos qui « provoquent à la violence, à la haine ou à la discrimination, provoquent à la commission

(4) Rapp. Sénat, Mercier M., préc., p. 46.

(5) Rapp. AN, Gauvin R., 14 sept. 2017, n° 164, p. 117.

d'actes de terrorisme ou font l'apologie de tels actes »^[6]. Ce qui rappelle le droit pénal. Mais une telle formulation ne lui est pas entièrement fidèle. Seule la provocation à des actes de terrorisme, lorsqu'elle est directe, constitue toujours une infraction. En effet, peu importe qu'elle soit publique ou non publique ; elle est en toute hypothèse punissable (C. pén., art. 421-2-5). Les autres comportements ne sont pas clairement identifiés comme relevant d'une qualification pénale.

Ainsi, la provocation à la violence, à la haine ou à la discrimination ne constitue une infraction que si elle vise une ou plusieurs personnes à raison de leur race, religion, sexe, orientation sexuelle, identité de genre ou handicap (L. 1881, art. 24, al. 7 et 8 ; C. pén., art. R. 625-7). Ce qui n'est bien sûr pas exclu ici mais, faute de précision, la provocation s'y entend plus largement. Toute expression de mépris ou de rejet de l'autre doit-elle être prise en compte alors que, en l'absence de mobile ségrégationniste, elle ne relève pas d'une qualification pénale ? Sur cette seule base, la fermeture d'un lieu de culte ne devient-elle pas excessive ? La volonté du législateur de se placer ici dans le sillage de la loi sur la presse permet de nourrir quelques doutes. L'article 8 de la loi du 3 avril 1955, qui se contente d'évoquer les « propos constituant une provocation à la haine ou à la violence », évite de poser ainsi la question et paraît dès lors moins contestable.

Mais ce n'est pas tout. Car à supposer que les messages en cause aient été choisis à raison de leur gravité attestée par leur incrimination pénale, il convient de souligner que leur qualification exacte dépend de la portée de leur diffusion. Or, elle constituera plus sûrement une contravention qu'un délit. En effet, s'agissant de propos diffusés dans un lieu de culte, il est très vraisemblable que l'élément de publicité manque, les destinataires faisant l'objet d'une sélection à l'entrée et partageant la même communauté d'intérêts^[7]. C'est donc à raison de simples contraventions que la fermeture d'un lieu de culte peut être décidée. Est-ce suffisant ? Pire : ces contraventions obéissent aux règles propres du droit de la presse. En l'occurrence, elles ne peuvent donner lieu à poursuite que dans l'année qui suit leur diffusion. Passé ce délai, les faits perdent leur dimension pénale. Si l'autorité administrative n'a pas fait diligence, elle ne peut donc revendiquer la nature pénale des faits en question. On peut de plus belle douter alors du trouble à l'ordre public censé justifier la fermeture. Pire encore : l'apologie d'actes de terrorisme dans ce cadre ne semble pas punissable. Car une exigence de publicité subsiste à son sujet (C. pén., art. 421-2-5). L'apologie d'un acte de terrorisme devant des fidèles dans un lieu privé ne constitue donc ni un délit, ni une contravention. Si le propos ne trouble pas l'ordre public pénal, peut-il troubler l'ordre public administratif au point de justifier la fermeture temporaire du lieu de culte où il est tenu ? Certes, les deux disciplines sont indépendantes : poursuivant des

fins différentes, droit administratif et droit pénal peuvent s'ignorer. Toutefois, la gravité d'un fait change-t-elle en fonction de la règle de droit qui s'y applique ? Comment imaginer qu'il y ait matière à fermeture d'un côté, et simple infraction de police, voire comportement non punissable de l'autre ? En l'absence de véritable provocation à la commission d'actes de terrorisme, la décision préfectorale risque d'apparaître disproportionnée.

“ La provocation ne saurait être présumée pour justifier une mesure aussi grave que la fermeture d'un lieu de culte ”

7. En toute hypothèse, la fermeture ne peut être décidée qu'« aux seules fins de prévenir la commission d'actes de terrorisme ». En ce sens, la qualification pénale du propos importe moins que les circonstances dans lesquelles il a été exprimé. L'objectif poursuivi est bien un objectif de police : il ne s'agit pas de sanctionner la diffusion d'un message mais d'empêcher la commission d'actes – distincts et ultérieurs – de terrorisme. Le constat de la diffusion des propos évoqués ci-dessus ne peut donc suffire à justifier une fermeture de lieu de culte. Celle-ci n'apparaît légitime qu'à partir du moment où un lien peut être établi entre les propos en question et la commission future d'actes de terrorisme.

Cela ne pose aucune difficulté en cas de provocation à de tels actes mais risque d'être délicat en cas d'apologie et *a fortiori* de provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence. Exprimer du mépris envers une catégorie de personnes n'inclut pas la volonté de commettre des actes de terrorisme à son encontre. Le lien de causalité exigé par la loi semble faire défaut, sauf... si la provocation à des actes de terrorisme double les propos précédents, ce qui revient à dire que leur énonciation – partiellement inspirée du texte sur l'état d'urgence – s'avère inutile^[8]. Dans la même veine, il convient d'évoquer ici un raisonnement curieux tenu par les parlementaires. En effet, ils ont adjoint aux propos les « idées ou théories » dans le souci « d'englober des messages plus insidieux, (...) plus indirects, tels que la référence à tel ou tel théologien prônant ces idées, la présence de ses ouvrages dans la bibliothèque du lieu de culte, la mise en ligne de sa biographie sur le site internet du lieu de culte, ou encore la simple présence sur ce site d'un lien internet vers un site organisant une conférence ou vers un ouvrage relayant ces idées »^[9]. Ce qui paraît doublement contestable. D'abord, on peine à comprendre comment une telle extension pourrait être réalisée sur cette base : un propos n'est pas vide d'idées ou de théories ; celles-ci ne peuvent être connues qu'à partir du moment où elles sont exprimées. Sont tout

(6) Le même texte évoque également des « activités » qui se dérouleraient dans le lieu de culte et poursuivraient le même objectif. Seraient notamment visées les écoles coraniques et conférences qui, pour les enfants et les adultes, doubleraient les prières. Il n'est toutefois pas sûr que cette adjonction présente un intérêt puisque l'activité en cause ne peut justifier une fermeture que si les propos précités sont exprimés.

(7) V., sur ce critère, Dreyer E., *Responsabilités civile et pénale des médias*, 3^e éd., 2012, Litec, p. 212 et s.

(8) Le Conseil d'État avait d'ailleurs suggéré « de supprimer du projet les motifs de provocation à la discrimination ou à la haine pour justifier la fermeture temporaire d'un lieu de culte, afin de restreindre le champ de la mesure à la seule finalité de prévention des actes de terrorisme » (CE, ass. gén., 15 juin 2017, avis sur un projet de loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme, n° 393348, § 8).

(9) Rapport AN, Gauvin R., préc., p. 106.

au plus identifiés ici un contenant et son contenu. Comme telle, la formule employée ne permet donc pas de distinguer, parmi les contenus, des provocations directes et des provocations indirectes. Mais, ensuite et surtout, l'objectif ainsi poursuivi semble particulièrement dangereux. Il confine au procès d'intention. En l'absence de toute incitation, il peut paraître exagéré de fermer un lieu de culte au seul motif qu'un livre salafiste figure dans sa bibliothèque⁽¹⁰⁾. La provocation ne saurait être présumée pour justifier une mesure aussi grave que la fermeture d'un lieu de culte. Elle doit être directe pour éviter l'arbitraire de l'Administration.

Sous cette réserve importante, la légitimité de la mesure semble pouvoir être admise dans le cadre d'une police administrative.

8. En effet, il faut bien en convenir, le droit pénal ne permet pas de réagir efficacement contre le prosélytisme religieux.

Certes, le transfert de la provocation à commettre des actes de terrorisme de la loi du 29 juillet 1881 vers le Code pénal a entraîné une élévation des peines principales encourues, ainsi qu'un élargissement des peines complémentaires applicables : les mesures d'éloignement ou d'interdiction d'exercer envisagées permettent désormais de neutraliser l'auteur de tels propos (C. pén., art. 421-8 et 422-3 ou 422-4). Mais le juge répressif ne peut agir sur la structure déviante qui gère le lieu de culte ; rien n'empêche celle-ci d'inviter ultérieurement d'autres prêcheurs tout aussi radicaux (sauf poursuites engagées contre la personne morale elle-même, à condition d'établir que les propos en question ont été proférés « pour son compte » par un « organe ou représentant », ce qui paraît délicat : C. pén., art. 422-5).

Le renfort de la police administrative s'avère nécessaire et souhaitable dans cette hypothèse particulière.

(10) Il en va bien entendu différemment si des « documents de propagande d'organisations islamistes radicales et appelant au djihad » sont retrouvés dans le lieu de culte (V., justifiant ainsi une fermeture en état d'urgence, CE, ord., 25 févr. 2016, n° 397153, Mosquée de Lagny-sur-Marne, § 7). Peu importe que le message ne soit pas exprimé oralement mais par écrit en un nombre d'exemplaires suffisants pour convaincre du prosélytisme. Il y a bien alors « diffusion », ce qui n'est pas le cas dans l'exemple issu du rapport parlementaire.

DROIT PÉNAL

La visite de sécurité intérieure, substitut de la perquisition pénale ^{311s7}

L'essentiel

À l'analyse, la « visite » de sécurité intérieure des articles L. 229-1 et suivants du Code de la sécurité intérieure n'apparaît pas entourée de moins de garanties que les perquisitions prévues par le Code de procédure pénale en matière de terrorisme, et ce à situations concrètes de mise en œuvre comparables.

L. n° 2017-1510, 30 oct. 2017, renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme, art. 4 : JO, 31 oct. 2017



Note par
François FOURMENT
Professeur à l'université
de Tours, membre du
CRDP (EA 2116 ; IRJI)

Faits. Nonobstant la pluie de critiques qui s'abat sur la loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme, nous éprouvons quelques difficultés à considérer, s'agissant du pouvoir de « visite » – autrement dit de perquisition administrative judiciairement autorisée –, premièrement, que les dispositions du nouvel article L. 229-1 du Code de la sécurité intérieure (CSI) transposent dans le

droit commun un régime d'état d'urgence permanent,

deuxièmement, que ces dispositions seraient, en outre, moins « garantistes » que celles offertes par le Code de procédure pénale (CPP). Nous n'en ferons pas davantage les louanges. Mais nous partirons des faits, c'est-à-dire des textes.

Tableau comparatif. Le tableau comparatif ci-dessous des modalités de perquisition selon ces trois régimes juridiques – celui du CPP, celui du CSI et celui issu de la loi sur l'état d'urgence du 3 avril 1955 modifiée – est simplifié à la « visite » ou « perquisition » domiciliaire, à l'exclusion de celle réalisée dans des locaux davantage protégés à raison de l'exercice de certaines professions ou fonctions (avocat, magistrat, journaliste, défense nationale, médecin, notaire, avoué), des modalités d'accès aux données contenues dans tout système informatique, des saisies et des retenues des occupants sur les lieux de l'opération, notamment.

Code de procédure pénale <i>Visite domiciliaire et perquisition</i>	Code de la sécurité intérieure (L. n° 2017-1510, 30 oct. 2017) <i>Visite</i>	État d'urgence (L. n° 55-385, 3 avr. 1955 mod.) <i>Perquisition</i>
Finalités		
Recherche et constatation de l'infraction, ici d'acte de terrorisme (CPP, art. 76, al. 4 ; CPP, art. 706-92, al. 1 ^{er})	Seules fins de prévenir la commission d'actes de terrorisme (CSI, art. L. 229-1, al. 1 ^{er})	Régime de pouvoirs de police administrative justifiés par l'état d'urgence
Locaux pouvant faire l'objet d'une perquisition		
– domicile des personnes qui paraissent avoir participé à l'infraction – domicile des personnes qui paraissent détenir des pièces, informations ou objets relatifs aux faits incriminés – tous lieux dans lesquels sont susceptibles de se trouver des biens dont la confiscation est prévue à l'article 131-21 du Code pénal (CPP, art. 56, al. 1 ^{er})	– lieu fréquenté par une personne dont le comportement constitue une menace d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre publics (raisons sérieuses de penser que [...]) (CSI, art. L. 229-1, al. 1 ^{er})	– lieu fréquenté par une personne dont le comportement constitue une menace d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre publics (raisons sérieuses de penser que [...]) (art. 11, I, al. 1 ^{er})

Code de procédure pénale <i>Visite domiciliaire et perquisition</i>	Code de la sécurité intérieure (L. n° 2017-1510, 30 oct. 2017) <i>Visite</i>	État d'urgence (L. n° 55-385, 3 avr. 1955 mod.) <i>Perquisition</i>
Autorité de décision ou d'autorisation de perquisitionner		
– enquête sur infraction flagrante, dans les heures légales : OPJ (CPP, art. 56, al. 1^{er}) – enquête sur infraction flagrante, en dehors des heures légales : JLD, sur requête du PR (CPP, art. 706-89) – enquête préliminaire, sans assentiment mais dans les heures légales : JLD, sur requête du PR (CPP, art. 76, al. 4) – enquête préliminaire, sans assentiment et en dehors des heures légales : JLD, sur requête du PR (CPP, art. 706-90, al. 1^{er})	– JLD du TGI de Paris, sur saisine motivée du préfet (préfet de dépt. ou, à Paris, préfet de police), après avis du PR du TGI de Paris, précédée de l'information du PR du TGI de Paris et du PR territorialement compétent (CSI, art. L. 229-1, al. 1^{er} et 3)	– Min. de l'Intérieur ou préfet de dépt. (art. 11, al. 1^{er})
Contrôle <i>a priori</i> (décision ou autorisation)		
– CPP, art. 56, al. 1^{er} : pas de contrôle extrinsèque à l'OPJ, donc pas de « contrôle » <i>a priori</i> – CPP, art. 76, al. 4 : décision écrite et motivée du JLD, par référence aux éléments de fait et de droit justifiant que ces opérations sont nécessaires – CPP, art. 706-89 et 706-90, par application (art. 706-92, al. 1^{er}) : ordonnance motivée par référence aux éléments de fait et de droit justifiant que ces opérations sont nécessaires et qu'elles ne peuvent être réalisées pendant les heures légales	– ordonnance motivée du JLD (CSI, art. L. 229-1, al. 1^{er} ; par urgence ou nécessité de l'opération si en dehors des heures légales, CSI, art. L. 229-2, al. 4)	– arrêté du min. de l'Intérieur ou du préfet, spécialement motivé si en dehors des heures légales (urgence ou nécessités de l'opération), donc pas de contrôle extrinsèque au min. de l'Intérieur ou au préfet, donc pas de « contrôle » <i>a priori</i> (art. 11, I, al. 2)
Contrôle <i>in situ</i>		
– CPP, art. 56, al. 1^{er} : pas de contrôle extrinsèque à l'OPJ, donc pas de contrôle <i>in situ</i> – CPP, art. 76, al. 4 : opérations effectuées sous le contrôle du JLD ; faculté du JLD de se déplacer sur les lieux pour veiller au respect des dispositions légales – CPP, art. 706-89 et 706-90, par application art. 706-92 (al. 1^{er}) : opérations faites sous le contrôle du JLD ; faculté du JLD de se déplacer sur les lieux pour veiller au respect des dispositions légales	– ordonnance mentionnant de tenir informé le JLD du déroulement des opérations (CSI, art. L. 229-1, al. 4) – opération effectuée sous l'autorité et le contrôle du JLD ; le JLD donne toutes instructions aux agents ; faculté de se rendre sur place ; pouvoir, d'office ou sur saisine de l'occupant, de décider la suspension ou l'arrêt de l'opération (CSI, art. L. 229-2, al. 5) – information du droit de l'occupant (ord. ; CSI, art. L. 229-1, al. 4) et donc droit de l'occupant d'être assisté d'un conseil pendant la visite (CSI, art. L. 229-2, al. 3)	– silence de la loi, donc pas de contrôle <i>in situ</i> d'aucune autorité extrinsèque
Contrôle <i>a posteriori</i>		
... par voie de compte-rendu d'opération		
– CPP, art. 56 : sans objet, mais pas de contrôle autre que transmission du dossier de l'enquête au PR – CPP, art. 76, al. 4 : silence de la loi, donc pas de contrôle – CPP, art. 706-89 et 706-90, par application (art. 706-92, al. 1^{er}) : JLD informé dans les meilleurs délais par le PR ou l'OPJ des actes accomplis	– original du procès-verbal, relatant les modalités et le déroulement de l'opération et consignant les constatations effectuées, dressé sur-le-champ et adressé au JLD dès son établissement (CSI, art. L. 229-2, al. 7 et 8)	– établissement d'un compte rendu communiqué sans délai au PR (auquel est jointe, le cas échéant, copie du procès-verbal de saisie) (art. 11, I, al. 11)

Code de procédure pénale <i>Visite domiciliaire et perquisition</i>	Code de la sécurité intérieure (L. n° 2017-1510, 30 oct. 2017) <i>Visite</i>	État d'urgence (L. n° 55-385, 3 avr. 1955 mod.) <i>Perquisition</i>
... par voie de contrôle de légalité		
– CPP, art. 56 et 76, al. 4 : contrôle de légalité par voie de requête en nullité de l'acte de procédure (ord. ou p.-v. de perquisition ; remarque : décision du JLD non juridictionnelle, donc absence d'appel) – CPP, art. 706-89, 706-90 et 706-92 : ord. insusceptible d'appel mais contrôle de légalité par voie de requête en nullité de l'acte de procédure (p.-v. de perquisition)	– c/ ord. du JLD : appel devant le premier président de la cour d'appel de Paris (non suspensif ; ord. 1^{er} prés. susceptible de pourvoi en cassation : CSI, art. L. 229-3, I) – c/ déroulement des opérations : recours (en annulation) devant le premier président de la cour d'appel de Paris (non suspensif : ord. 1^{er} prés. susceptible de pourvoi en cassation : CSI, art. L. 229-3, II) – <i>quid</i> de la req. en nullité de tiers devant le juge pénal/procédure pénale incidente/p.-v. de déroulement des opérations ?	– c/ arrêté, par voie d'action : recours pour excès de pouvoir devant la juridiction administrative – c/ arrêté, par voie d'intervention : juge pénal (C. pén., art. 111-5)
Procédure (pénale) incidente		
– validité (CPP, art. 53 ; art. 76, al. 4 ; art. 706-93, al. 2)	– p.-v. de constatation d'infraction et information sans délai du PR (CSI, art. L. 229-2, al. 6), donc validité	– p.-v. de constatation d'infraction et information sans délai du PR (art. 11, I, al. 13), donc validité

Observation des résultats. Les dispositions des articles L. 229-1 et suivants du CSI issues de la loi du 30 octobre 2017 ne constituent donc pas la transposition, dans le droit commun, des dispositions applicables à l'état d'urgence issues de l'article 11 de la loi modifiée n° 55-385 du 3 avril 1955. Qui s'en plaindra ? Comparaison toujours faite, ces dispositions applicables à la « visite » de sécurité intérieure des articles L. 229-1 et suivants du CSI ne sont pas moins « garantistes » que celles de différents régimes puisés dans le CPP, y compris celui le plus avancé des articles 706-89 et suivants, car applicable à la criminalité et à la délinquance organisées.

La comparaison mérite d'être développée sur quelques points :

- ordonnance juridictionnelle susceptible d'appel (CSI) contre ordonnance-acte de procédure susceptible de requête en nullité (CPP) ;
- place à un contrôle *in situ* plus prégnant du JLD dans la visite de sécurité intérieure que dans la perquisition pénale ;
- contrôle *a posteriori* par voie de compte rendu d'opération plus qualitatif dans la visite du CSI que dans la perquisition du CPP ;
- droit de l'occupant d'être assisté par un avocat pendant la visite de sécurité intérieure, sans équivalent dans la perquisition pénale ⁽¹⁾...

Il sera objecté que, *ab initio*, l'ordonnance du JLD prise en application de l'article 706-92, alinéa 1^{er}, du CPP doit

être motivée par référence aux éléments de fait et de droit justifiant que la perquisition est nécessaire, voire, le cas échéant, justifiant encore qu'elle ne peut être réalisée pendant les heures légales, tandis qu'il suffit que l'ordonnance du JLD rendue en application de l'article L. 229-1 du CSI soit simplement « motivée », l'exigence de motivation plus fine n'étant exigée, par référence à l'urgence ou à la nécessité de l'opération, que si la visite est effectuée en dehors des heures légales (CSI, art. L. 229-2, al. 4). Il y aurait toutefois beau voir qu'une ordonnance juridictionnelle, susceptible d'appel, ne soit pas motivée en droit et en fait. Le standard de motivation de l'ordonnance prise en application de l'article 706-92, alinéa 1^{er}, du CPP n'est pas supérieur à celui de l'article L. 229-1 du CPP. En particulier, l'exigence d'une motivation « spéciale » n'est posée dans aucun des deux régimes.

“ Il se pourrait que les dispositions applicables à la visite de sécurité intérieure élèvent le niveau du contrôle à venir de la perquisition pénale ”

Au vu du bilan, il apparaît que le contrôle judiciaire de la visite de sécurité intérieure est tendanciellement plus « garantiste » que celui de la perquisition administrative. Par mimétisme législatif appliqué au droit à l'assistance d'un avocat, et mimétisme de pratique judiciaire d'une juridiction unique – la juridiction des libertés et de la détention parisienne – dans son exercice du contrôle *in situ*, il se pourrait même que les dispositions applicables à la visite de sécurité intérieure élèvent le niveau du contrôle à venir de la perquisition pénale.

Si ce contrôle de la visite de sécurité intérieure est davantage insistant, c'est que l'ingérence de l'autorité publique

(1) Même si l'exercice de ce droit pourra être acrobatique : l'ordonnance est exécutoire au seul vu de la minute (CSI, art. L. 229-1, dern. al.) ; elle est notifiée sur place à l'occupant des lieux ou à son représentant (CSI, art. L. 229-2, al. 1^{er}), mais n'entraîne pas la suspension des opérations autorisées par le JLD (CSI, art. L. 229-1, al. 4). La loi ne prévoit pas de délai de carence ; le JLD pourrait poser une pratique d'effet équivalent.

dans le droit au respect de la vie privée est plus grave, en ce qu'elle procède non pas d'une réaction à la commission d'une infraction (en réalité, des indices...), mais de sa prévention (soi-disant). C'est vrai, et c'est même nécessaire : « Plus le char est lourd, plus les freins doivent être puissants ». Mais c'est passer sous silence la considération suivant laquelle la visite de sécurité intérieure d'un « lieu » est réactive à sa fréquentation par une personne au comportement reprochable qui, sans « forçage » exagéré de qualification, devrait pouvoir justifier une perquisition pénale.

Le droit : un lieu (sérieusement susceptible d'être) fréquenté par une personne au comportement reprochable.

En procédure pénale, ce n'est bien sûr pas la personne du suspect qui est « perquisitionnée », mais ce n'est pas non plus son seul domicile qui peut faire l'objet d'une perquisition. Une perquisition peut être largement effectuée au domicile des personnes qui paraissent avoir participé à l'infraction, au domicile des personnes qui paraissent détenir des pièces, informations ou objets relatifs aux faits incriminés, et en tous lieux dans lesquels sont susceptibles de se trouver des biens dont la confiscation est prévue à l'article 131-21 du Code pénal (CPP, art. 56, al. 1^{er} ; *mutatis mutandis*, CPP, art. 76 et CPP, art. 706-89 et s.). Lorsque la perquisition n'a pas lieu au domicile du suspect, le CPP n'exige pas qu'il existe à l'encontre du domiciliaire des indices de participation à l'infraction ; il suffit que des éléments intéressant l'enquête paraissent devoir ou pouvoir s'y trouver. Ironie de la jurisprudence, la chambre criminelle a rappelé cette évidence dans une affaire de recel, de détention d'arme et d'infraction douanière, à propos d'une perquisition effectuée dans un bar que les deux suspects fréquentaient et « qui pouvait leur servir de point de ralliement »⁽²⁾. Ne croirait-on pas lire l'article L. 229-1 du CSI pour ainsi dire dans le texte ?

Cet article désigne d'abord la visite d'un lieu « fréquenté par une personne dont le comportement constitue une menace d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre publics ».

L'article L. 229-1 du CSI ajoute ensuite que cette personne « soit entre en relation de manière habituelle avec des personnes ou des organisations incitant, facilitant ou participant à des actes de terrorisme, soit soutient, diffuse, lorsque cette diffusion s'accompagne d'une manifestation d'adhésion à l'idéologie exprimée, ou adhère à des thèses incitant à la commission d'actes de terrorisme ou faisant l'apologie de tels actes ». Considérant le séquençage des incriminations des actes de terrorisme en de nombreuses infractions-obstacles toujours plus rétro-éloignées du résultat redouté⁽³⁾ et ténues dans la définition de leur élément constitutif matériel, peut-on imaginer tant et plus de « comportements »⁽⁴⁾ constitutifs d'une « menace [d'une

particulière gravité] pour la sécurité et l'ordre publics » qui ne permettent l'ouverture d'une quelconque enquête ou instruction ?

Ajoutons que l'article L. 229-1 du CSI désigne la « fréquentation » d'un tel lieu. La notion, cette fois, répond à l'idée, si ce n'est de comportement d'« habitude », à tout le moins « répété » ou « continué répété », pour renvoyer à des qualifications de droit pénal. Pour finir sur le plan légistique, les « raisons sérieuses de penser » qu'un lieu est fréquenté par une telle personne au tel comportement font directement écho, dans le CPP, aux « raisons plausibles de soupçonner » qu'une personne a commis une infraction. Voilà pour le droit, ce droit de la sécurité intérieure paritaire d'éléments et d'indices de qualifications pénales terroristes⁽⁵⁾. Mais c'est la preuve du fait qui, alors, doit être discutée.

Éléments de preuve du fait. Il est certain que la procédure pénale offre des garanties d'ouverture de procédure sans pareil. Les personnes mises en cause sur « renseignement » (judiciaire) ne mesurent pas leur chance ; en particulier celles contre lesquelles une procédure est ouverte sur procès-verbal de transcription d'écoute judiciaire incidente à laquelle elles étaient tierces, surprises, dans l'exercice de leur droit au respect de la vie privée et de leur correspondance, par leurs déclarations auto-incriminantes ou par l'incrimination d'autrui. La saisine « motivée » du JLD par le préfet (CSI, art. L. 229-1, al. 1^{er}), qui aura préalablement dû donner des informations au procureur de la République (al. 3), dont un avis est requis (al. 1^{er}), ne présenterait pas un niveau de garantie suffisant ? Cette procédure fait pourtant peser la charge de la preuve sur l'autorité publique, là où le renversement de la présomption de légalité de l'acte administratif, en l'occurrence de l'arrêté de perquisition administrative pris sur le fondement de l'article 11 de la loi du 3 avril 1955, pesait, devant la juridiction administrative, sur le requérant⁽⁶⁾.

Par ailleurs, pour mémoire, la chambre criminelle, dans le cadre de sa jurisprudence relative au contrôle de légalité, par voie d'exception, sur le fondement de l'article 111-5 du Code pénal, de l'arrêté de perquisition administrative du régime d'état d'urgence, a fait reproche à une cour d'appel, « si elle estimait l'arrêté insuffisamment motivé, de solliciter le ministère public afin d'obtenir de l'autorité préfectorale les éléments factuels sur lesquels celle-ci

(2) Cass. crim., 27 janv. 1987, n° 86-83278 : Bull. crim., n° 41.

(3) Et même, dans des textes conventionnels européens, dans l'indifférence *expressis verbis* au résultat ; v. Mayaud Y., « Regard sur les qualifications terroristes – Après la loi n° 2017-1248, du 9 août 2017, autorisant la ratification du Protocole additionnel à la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme », AJ pénal 2017, p. 478.

(4) La notion renferme un minimum de matérialité.

(5) Dans ce sens : Raschel E., « La sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme entre cadence et décadence : commentaire de la loi n° 2017-1510, du 30 octobre 2017 », Dr. pén. 2017, étude 23, n° 7 : « Force est de constater que l'hypothèse rejoint largement certaines qualifications pénales, telles l'association de malfaiteurs terroristes, l'apologie du terrorisme ou la consultation habituelle de sites internet y incitant » ; Herran T., « L'oxymore de la prévention réactive à la commission d'une infraction », dans le présent numéro (Gaz. Pal. 23 janv. 2017, n° 311p3). Toutefois, pour une critique de ces termes de l'article L. 229-1, alinéa 1^{er}, du CSI : Cahn O. et Leblois-Happe J., « Loi n° 2017-1510, du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme : *perseverare diabolicum* », AJ pénal 2017, p. 468 (« indéniable marge d'appréciation ») ; Daoud E. et Jacquin A., « La loi renforçant la sécurité intérieure ou la pérennisation de la défense empêchée », AJ pénal 2017, p. 482 ; Beaussonie G. et Botton A., « Le contrôle de la police administrative par le juge judiciaire », dans le présent numéro (Gaz. Pal. 23 janv. 2017, n° 311r3) (considérant la légèreté du critère).

(6) Pour rappel, v. Daoud E. et Jacquin A., « La loi renforçant la sécurité intérieure ou la pérennisation de la défense empêchée », AJ pénal 2017, préc., p. 482.

s'était fondée pour prendre sa décision »⁽⁷⁾. La charge de la preuve est tangible et la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, vers laquelle les pourvois formés contre les ordonnances du premier président de la cour d'appel de Paris seront dirigés, ne peut pas constituer une contre-culture à celle de la chambre criminelle sur cette question de droit processuel.

“ Peu ou prou, dans le droit comme dans la preuve du fait, la visite de sécurité intérieure figure comme substitut de la perquisition pénale ”

Enfin, la production évidemment autocratique de « notes blanches » péremptoires au soutien de saisines motivées du JLD par le préfet sera d'autant plus discutée devant la juridiction des libertés et de la détention⁽⁸⁾ que, si le Conseil d'État a jugé qu'« aucune disposition législative ni aucun principe ne s'oppose à ce que les faits relatés par les “notes blanches” produites par le ministre, qui ont été versées au débat contradictoire et ne sont pas sérieusement contestées par le requérant, soient susceptibles d'être pris en considération par le juge administratif »⁽⁹⁾, ses décisions n'ont pas autorité sur les juridictions de l'ordre judiciaire. Ces notes blanches, sous la propre plume du juge administratif, ne sauraient être exclusives dans la preuve de la situation justifiant une mesure⁽¹⁰⁾. Cette solution a été délivrée en régime d'état d'urgence, c'est-à-dire doublement conditionnée à des circonstances matérielles (l'état d'urgence) et temporelles (limitation de ce régime dans le temps)⁽¹¹⁾. Peu ou prou, dans le droit (lieu fréquenté par une personne au comportement

reprochable), comme dans la preuve du fait (éléments), la visite de sécurité intérieure figure comme substitut de la perquisition pénale.

Droit pénal fonctionnel, ordres juridictionnels, autorités institutionnelles. La chose est certaine : de prime abord, le droit pénal (fonctionnel) est « contourné »⁽¹²⁾ ou encore « écarté »⁽¹³⁾, et avec lui la procédure pénale ; la distinction entre la police administrative et la police judiciaire est déconstruite⁽¹⁴⁾. Les ordres juridictionnels entrent en concurrence, encore que, s'agissant des visites de sécurité intérieure et des perquisitions de procédure pénale, cette coexistence soit appelée à être observée au sein du même ordre juridictionnel, entre juridiction civile et juridiction pénale. La situation n'est pas inconnue⁽¹⁵⁾. En début de chaîne, ce sont deux autorités ou institutions qui coexisteront : les préfets, autrement dit le ministre de l'intérieur, gardiens de la sécurité intérieure, et le procureur de la République de Paris, directeur de la police judiciaire antiterroriste et autorité de poursuite, prenant sa part dans la sauvegarde de la liberté individuelle. Les premiers feront nécessairement partager leurs informations avec le second, *ab initio* de toute procédure devant le JLD parisien (CSI, art. L. 229-1, al. 3). Il leur reviendra de placer le curseur du renseignement intérieur et du renseignement judiciaire. Si le renseignement intérieur offrait des indices un tant soit peu suffisants de renseignement judiciaire, on pourrait être surpris de la prévalence de la procédure pénale (ouverture d'une enquête préliminaire ou d'une instruction), plus facile à mettre en œuvre⁽¹⁶⁾. Et à l'ouverture d'une information judiciaire, le juge d'instruction fera peut-être déjà regretter le JLD, juge trans-ordres-juridictionnels de l'*habeas libertas* extrinsèque aux investigations. Et dont il faut concevoir que sa propre pratique judiciaire améliorera, à la fois et réciproquement, son organe et sa fonction.

(7) Cass. crim., 28 mars 2017, n° 16-85073 : Bull. crim., à paraître ; D. 2017, p. 1169, note Cassia P. ; D. 2017, p. 1557, chron. Guého G., Pichon E., Laurent B., Ascensi L. et Barbier G. ; D. 2017, p. 1676, obs. Pradel J. - Adde Beaussonie G., « La poursuite de la reconquête du contrôle de l'état d'urgence par la Chambre criminelle », D. 2017, p. 1175.

(8) *Contra* Cahn O. et Leblois-Happe J., « Loi n° 2017-1510, du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme : *perseverare diabolium* », AJ pénal 2017, préc., p. 468 ; Raschel E., « La sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme entre cadence et décadence : commentaire de la loi n° 2017-1510, du 30 octobre 2017 », préc., n° 17 (« garantie formelle » du JLD) ; Beaussonie G. et Botton A., « Le contrôle de la police administrative par le juge judiciaire », dans le présent numéro (Gaz. Pal. 23 janv. 2017, n° 311r3).

(9) CE, sect., 11 déc. 2015, n° 395009 : Lebon.

(10) Notes « susceptibles d'être prises en considération », *ibid.*

(11) Dans ce sens : Brengarth V., « Le projet de loi antiterroriste est-il (in)constitutionnel ? », Dalloz actualité, 4 oct. 2017.

(12) Raschel E., « La sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme entre cadence et décadence : commentaire de la loi n° 2017-1510, du 30 octobre 2017 », Dr. pén. 2017, étude 23, préc., n° 2 et s.

(13) Beaussonie G., « Chronique législative », RSC 2017, à paraître, I.

(14) Herran T., « L'impact de la loi relative à la sécurité publique sur la distinction entre la police judiciaire et la police administrative », AJ pénal, p. 472.

(15) Par exemple en matière de contrôle d'identité (au demeurant assez souvent de police administrative mais exécuté par la police judiciaire sous la direction du procureur de la République...), de contrôle du titre d'un étranger (de pure police administrative) et même de garde à vue, le cas échéant, se reporter aux jurisprudences de la chambre criminelle et de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation (pour un pan du « contentieux des étrangers »).

(16) Vers la perquisition pénale, substitut de la visite de sécurité intérieure ?

DROIT PÉNAL

Le contrôle de la police administrative par le juge judiciaire 311r3

L'essentiel

Pour ne pas être très orthodoxe, le recours au juge judiciaire – en l'occurrence le juge des libertés et de la détention – pour assurer le contrôle de certaines mesures administratives instaurées par la loi du 30 octobre 2017 n'est pas une mauvaise idée. Il apparaît plus difficile, en revanche, de comprendre pourquoi ce contrôle n'a pas été étendu à l'ensemble des mesures qui obéissent aux mêmes conditions.

L. n° 2017-1510, 30 oct. 2017, renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme, art. 3 et 4 : JO, 31 oct. 2017



Note par
Guillaume BEAUSSONIE
Professeur à l'université
Toulouse 1 Capitole,
IEJUC (EA 1919),
codirecteur de l'Institut
de criminologie et
de sciences pénales
Roger Merle



et **Antoine BOTTON**
Professeur à l'université
Toulouse 1 Capitole,
IRDEIC (EA 4211),
codirecteur de l'Institut
de criminologie et
de sciences pénales
Roger Merle

Nul ne l'ignore : la loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme a, sans le tremblement qui se serait sans doute imposé, « inséré dans le droit commun »⁽¹⁾ la plupart des mécanismes contenus dans la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence. Qu'il se soit agi ou pas, de la sorte, de pérenniser l'état d'urgence, les pouvoirs publics ont en tous les cas, une fois de plus, clairement fait le choix de privilégier la police administrative pour lutter contre ce qui, malgré tout, est et demeure une forme de délinquance⁽²⁾.

Dans cet enthousiasme immodéré, seule l'ombre du Conseil constitutionnel – qui, comme toute ombre, est plus inquiétante que le corps qui la provoque... – semble avoir fait douter le législateur, celui-ci s'étant notamment senti obligé d'introduire le juge judiciaire pour autoriser et contrôler certaines mesures de nature administrative.

En l'état – plutôt mou – des « exigences » des « sages » en la matière, il n'était pas sûr, pourtant, que cela s'imposât. Quoi qu'il en soit, il en a résulté une situation à la fois inédite et hétérogène : inédite, parce que cette association de la police administrative et du juge judiciaire n'a tout simplement pas de précédent dans ce domaine ; hétérogène, parce que, bien étrangement, cette combinaison a été faite pour certaines mesures et pas pour d'autres, pourtant tout aussi dangereuses pour les libertés des individus.

Ainsi, pour ne retenir de ce texte, dans le cadre de cette étude, que les « mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance »⁽³⁾ et les « visites et saisies »⁽⁴⁾, qui obéissent logiquement à des conditions communes (I), seules les secondes nécessitent l'intervention du juge judiciaire, de sorte que les contrôles de ces mesures s'avèrent paradoxalement distincts (II).

I. DES CONDITIONS COMMUNES

La loi du 30 octobre 2017 a fait entrer dans le droit commun de la lutte antiterroriste les deux mesures les plus polémiques de l'état d'urgence : les assignations à résidence et les perquisitions administratives⁽⁵⁾, celles-ci devenant, plus pudiquement, les « mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance » et les « visites et saisies ».

Leurs domaine et conditions ont tout de même été recentrés, de la prévention des atteintes graves à l'ordre public en général, à la prévention de la commission d'actes de terrorisme en particulier ; ce qui n'enlève rien au fait que ces mesures représentent des ingérences graves des autorités publiques dans l'exercice de libertés individuelles, en l'occurrence la liberté d'aller et de venir et le droit au respect de la vie privée.

Toutefois, pour être fondamentales, ces deux libertés échappent à la compétence exclusive du juge judiciaire qu'impose, en la matière, l'article 66 de la constitution de 1958, celle-ci se cantonnant désormais à la sûreté au

(1) L'expression est effectivement récurrente dans l'étude d'impact qui a précédé l'adoption de la loi.

(2) V., déjà, L. n° 2014-1353, 13 nov. 2014, renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme ; L. n° 2015-912, 24 juill. 2015, relative au renseignement ; L. n° 2016-731, 3 juin 2016, renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale.

(3) L. n° 2017-1510, 30 oct. 2017, art. 3 qui crée CSI, art. L. 228-1 à L. 228-7.

(4) L. n° 2017-1510, 30 oct. 2017, art. 4 qui crée CSI, art. L. 229-1 à L. 229-6.

(5) Respectivement art. 6 et 11 de la loi de 1955.

sens le plus strict du terme, c'est-à-dire à l'interdiction des détentions arbitraires ⁽⁶⁾.

Dans la loi du 30 octobre 2017, le législateur n'en a pas moins réintroduit le juge judiciaire mais, bien étrangement, en ce qui concerne les seules visites et saisies et l'ingérence dans la vie privée qu'elles supposent. Avant de voir comment s'opère ce contrôle, il faut se demander pourquoi tel n'a pas été le cas pour les mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance et l'ingérence dans la liberté d'aller et de venir qu'elles autorisent. Car ni les critères communs utilisés par le législateur pour mettre en œuvre ces mesures (A), ni les situations consécutivement mises en place (B), n'incitaient en réalité à la distinction.

“ Le législateur a réintroduit le juge judiciaire mais, bien étrangement, en ce qui concerne les seules visites et saisies ”

A. Les critères

Les mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance peuvent être prononcées par le ministre de l'Intérieur, « aux seules fins de prévenir la commission d'actes de terrorisme », à l'encontre de « toute personne à l'égard de laquelle il existe des raisons sérieuses de penser que son comportement constitue une menace d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre publics et qui soit entre en relation de manière habituelle avec des personnes ou des organisations incitant, facilitant ou participant à des actes de terrorisme, soit soutient, diffuse, lorsque cette diffusion s'accompagne d'une manifestation d'adhésion à l'idéologie exprimée, ou adhère à des thèses incitant à la commission d'actes de terrorisme ou faisant l'apologie de tels actes » ⁽⁷⁾.

Il s'agit concrètement, « après en avoir informé le procureur de la République de Paris et le procureur de la République territorialement compétent », d'imposer, pendant une certaine durée, un certain nombre d'obligations à la personne ainsi considérée : ne pas se déplacer à l'extérieur d'un périmètre déterminé, avec recours éventuel à une surveillance électronique ; se présenter périodiquement aux services de police ; déclarer son domicile et tout changement de domicile ; signaler ses déplacements à l'extérieur d'un périmètre déterminé ; ne pas paraître dans un lieu déterminé ; ne pas entrer en relation avec des personnes « dont il existe des raisons sérieuses de penser que leur comportement constitue une menace pour la sécurité publique » ⁽⁸⁾.

Parallèlement, c'est sur « saisine motivée » du préfet, également après information du procureur de la

République de Paris et du procureur de la République territorialement compétent, que « le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Paris peut, par une ordonnance écrite et motivée et après avis du procureur de la République de Paris, autoriser la visite d'un lieu ainsi que la saisie des documents, objets ou données qui s'y trouvent, aux seules fins de prévenir la commission d'actes de terrorisme et lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser qu'un lieu est fréquenté par une personne dont le comportement constitue une menace d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre publics et qui soit entre en relation de manière habituelle avec des personnes ou des organisations incitant, facilitant ou participant à des actes de terrorisme, soit soutient, diffuse, lorsque cette diffusion s'accompagne d'une manifestation d'adhésion à l'idéologie exprimée, ou adhère à des thèses incitant à la commission d'actes de terrorisme ou faisant l'apologie de tels actes » ⁽⁹⁾.

Quant aux saisies, elles sont possibles « aux seules fins de prévenir la commission d'actes de terrorisme, si la visite révèle l'existence de documents, objets ou données relatifs à la menace d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre publics que constitue le comportement de la personne concernée ». L'autorité administrative doit alors, « dès la fin de la visite », demander au juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Paris l'autorisation d'exploiter les données saisies, celui-ci statuant dans les 48 heures ⁽¹⁰⁾.

Dans un contexte de lutte contre le terrorisme, des « raisons sérieuses de penser que [le comportement d'une personne] constitue une menace d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre publics », simplement corroborées par – et sans doute limitées à – des mauvaises fréquentations ou ses mauvais propos, suffisent donc à justifier, de concert, la restriction de sa liberté de déplacement et la visite des lieux qu'elle fréquente, éventuellement accompagnée d'une saisie.

Sans même éprouver la légitimité de ces critères, ce qui n'est pas l'objet de notre étude, il appert qu'ils sont en vérité les mêmes. La comparaison des situations consécutivement mises en place, ensuite, rend alors difficilement compréhensible que les contrôles effectués soient quant à eux différents.

B. Les situations

Les mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance ne font rien d'autre qu'instaurer l'équivalent administratif d'un contrôle judiciaire : elles font penser à l'article 137, alinéa 2, du Code de procédure pénale, en vertu duquel, « en raison des nécessités de l'instruction ou à titre de mesure de sûreté, [la personne mise en examen] peut être astreinte à une ou plusieurs obligations du contrôle judiciaire ou, si celles-ci se révèlent insuffisantes, être assignée à résidence avec surveillance électronique ». À ces différences qu'une « détention administrative » ne constitue pas le degré ultime de cet ensemble – cela serait contraire, en l'état, à l'article 66 de la constitution, mais cela ne serait hélas plus envisageable, sur le seul fondement dudit article, en présence

(6) V. surtout Cons. const., 16 juin 1999, n° 99-411 DC, puis Cons. const., 19 janv. 2006, n° 2005-532 DC et Cons. const., 30 mars 2006, n° 2006-535 DC : liant inextricablement les alinéas 1^{er} et 2 de l'article 66, ce qui n'était pas inéluctable, les « sages » semblent effectivement, à partir de ces décisions, faire de la liberté individuelle la seule interdiction d'une détention arbitraire.

(7) CSI, art. L. 228-1.

(8) CSI, art. L. 228-2 et s.

(9) CSI, art. L. 229-1.

(10) CSI, art. L. 229-5.

d'un juge judiciaire... – et que le périmètre dans lequel la personne est assignée dépasse sa résidence, on n'est plus très loin d'une instruction purement préventive, basée non plus sur des « indices graves ou concordants rendant vraisemblable [qu'une personne ait] pu participer, comme auteur ou comme complice, à la commission [d'une infraction] »⁽¹¹⁾, mais sur « des raisons sérieuses de penser que son comportement constitue une menace d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre publics », simplement corroborées – on l'a dit – par ses mauvaises fréquentations ou ses mauvais propos.

Par ailleurs, si la personne concernée se soustrait aux obligations décidées dans le cadre d'un tel contrôle, elle encourt alors une peine de 3 ans d'emprisonnement ainsi qu'une peine de 45 000 € d'amende⁽¹²⁾.

Ainsi, tant la restriction intense que ces mesures imposent à la liberté d'aller et de venir, que leur teneur potentiellement pénale, puisque leur irrespect fait encourir une punition, font regretter que le juge judiciaire n'ait pas été mobilisé à la place du juge administratif, d'autant qu'il pourra connaître des actes administratifs concernés lors d'éventuelles poursuites sur ce dernier fondement⁽¹³⁾.

En contraste, il est étrange que le juge judiciaire ait été mobilisé pour les visites et saisies, dont l'atteinte portée à une liberté fondamentale, en l'occurrence le droit au respect de la vie privée, s'avère finalement très comparable – ni pire, ni moindre – à l'atteinte sus-évoquée.

Ainsi, le lieu concerné, qui ne peut pas être celui qui est affecté à l'exercice d'un mandat parlementaire ou à l'activité professionnelle des avocats, des magistrats ou des journalistes, ni leur domicile, est donc celui dont il existe des raisons sérieuses de penser qu'il est fréquenté par une personne dont le comportement correspond à celui qui autorise envers elle une mesure individuelle de surveillance⁽¹⁴⁾. Peu importe, sur cette base, la véritable teneur des objets qui s'y trouvent, le critère de la visite ne résidant que dans le fait que s'y rend, fût-ce occasionnellement, une telle personne. C'est un peu léger, d'autant que l'on sait que ces perquisitions ont généralement lieu sur le fondement de « notes blanches » contenant des renseignements non datés et non sourcés, à défaut de quoi rien ne s'opposerait à une véritable perquisition judiciaire.

La visite peut, au surplus, être effectuée en l'absence de l'occupant des lieux et, avec « autorisation expresse, écrite et motivée accordée par le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Paris, fondée sur l'urgence ou les nécessités de l'opération », en dehors des heures légales⁽¹⁵⁾. De la sorte, elle peut en tout point être comparée aux plus dérogatoires des perquisitions judiciaires, concevables seulement, après qu'une infraction a été commise, pour la criminalité et la délinquance

organisées⁽¹⁶⁾, le trafic de stupéfiants et la traite des êtres humains⁽¹⁷⁾, et le proxénétisme ou le recours à la prostitution des mineurs⁽¹⁸⁾.

“ *La visite peut en tous points être comparée aux plus dérogatoires des perquisitions judiciaires* ”

La visite peut également révéler une infraction, l'officier de police judiciaire devant alors en dresser procès-verbal, procéder à toute saisie utile et en informer « sans délai » le procureur de la République territorialement compétent, ce qui va permettre l'ouverture incidente d'une procédure judiciaire⁽¹⁹⁾.

Enfin, dans ce cadre, une retenue de la personne est concevable⁽²⁰⁾, et la saisie à laquelle la visite conduit peut révéler bien des choses, au-delà des objectifs initiaux et affichés de lutte contre le terrorisme⁽²¹⁾... Autant d'éléments qui justifient qu'en effet, l'intervention du juge judiciaire apparaisse opportune, mais qui ne suffisent pas à expliquer, au regard de ce qui précède, l'existence de contrôles distincts pour les mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance et pour les visites et saisies.

II. DES CONTRÔLES DISTINCTS

Ainsi qu'il l'a déjà été relevé en première partie, à la fin des années 1990, le Conseil constitutionnel a brutalement abandonné sa conception initialement large de la liberté individuelle⁽²²⁾. En effet, à compter de la décision précitée du 16 juin 1999⁽²³⁾, le Conseil va adopter une conception très stricte de la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la constitution.

Ne relève plus de cet article que le domaine des privations de liberté : garde à vue, détention, rétention, hospitalisation sans consentement.

Si cela peut se concevoir dans la mesure où, rappelons-le, le premier alinéa de cet article 66 dispose que « nul ne peut être arbitrairement détenu », toujours est-il que la présente loi – et les lois d'état d'urgence qui l'ont précédée – permet de mesurer les conséquences d'une telle position. En effet, grâce – ou plutôt à cause – de celle-ci, le législateur dispose d'une liberté d'appréciation quant à l'intervention du juge judiciaire concernant des mesures attentatoires aux droits et libertés non compris dans la liberté individuelle *stricto sensu*. Cette marge l'a ainsi conduit, dans la présente loi, à distinguer les « mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance » des « visites et saisies » (A), ce qui n'est pas sans contester (B).

(11) V. bien sûr CPP, art. 80-1.

(12) CSI, art. L. 228-7.

(13) V. Cass. crim., 3 mai 2017, n° 16-86155 : D. 2017, p. 1175, note Beaussonie G. ; D. 2017, p. 1557, chron. Barbier G. ; RSC 2017, p. 337, obs. Cordier F.

(14) CSI, art. L. 229-1.

(15) CSI, art. L. 229-2.

(16) CPP, art. 706-89 et s.

(17) CPP, art. 706-26 et s.

(18) CPP, art. 706-34 et s.

(19) CSI, art. L. 229-2.

(20) CSI, art. L. 229-4.

(21) CSI, art. L. 229-5.

(22) À titre d'illustration de cette conception large, à propos d'une mesure ne portant atteinte qu'à la liberté d'aller et venir : Cons. const., 12 janv. 1977, n° 76-75 DC, cons. 1 à 5.

(23) Cons. const., 16 juin 1999, n° 99-411 DC, préc., cons. 2.

A. La teneur de la distinction

Pour rappel, si les mesures individuelles de contrôle et de surveillance relèvent du juge administratif, les visites et saisies ressortissent en revanche au juge judiciaire.

1. Précisément, la personne faisant l'objet des premières dispose de deux types de recours : l'un d'urgence, le référé-liberté⁽²⁴⁾ à l'endroit de la décision renouvelant une mesure de contrôle ou de surveillance ; l'autre de fond, le recours en annulation de la décision instaurant ou renouvelant une telle mesure.

Concernant le premier recours, l'article L. 228-2 du Code de la sécurité intérieure précise que si, à compter de la notification de la décision de renouvellement devant intervenir au plus tard 5 jours avant son entrée en vigueur, la personne concernée saisit le juge administratif d'un référé-liberté dans un délai de 48 heures, la mesure ne pourra entrer en vigueur avant que ce juge ait statué. Si ce report sera, par hypothèse, exceptionnel⁽²⁵⁾, il garantit néanmoins un contrôle juridictionnel *a priori* des atteintes graves et manifestement illégales⁽²⁶⁾ à la liberté d'aller et venir de la personne concernée.

Sans préjudice de cette voie, le même article ouvre un recours en annulation, devant le tribunal administratif, des décisions instaurant ou renouvelant des mesures individuelles de surveillance et de contrôle. Il est à noter ici que le requérant pourra, parallèlement et comme le lui permet l'article L. 521-1 du Code de justice administrative, saisir le juge des référés afin qu'il ordonne « la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision ».

2. S'agissant des opérations de visite et de saisie, l'article 229-3 du Code de la sécurité intérieure prévoit des recours judiciaires en appel et en cassation, d'une part, contre les décisions les ordonnant et, d'autre part, concernant leur déroulement.

Dans les deux cas, l'appel doit être porté devant le premier président de la cour d'appel de Paris dans un délai de 15 jours suivant la notification respectivement de l'ordonnance d'autorisation des mesures et le procès-verbal de visite. Il faut surtout noter que, dans les deux hypothèses, l'appel n'est pas suspensif d'exécution, ce qui tranche nettement avec le régime du contrôle par le juge administratif sus-évoqué⁽²⁷⁾. Comment ne pas y voir alors une marque de supériorité, en termes de garanties procédurales, de ce dernier ? La question débouche naturellement sur le

dernier aspect de notre analyse : la valeur de la distinction opérée par le législateur du 30 octobre 2017.

B. La valeur de la distinction

Comment justifier une telle distinction de contrôle ? Avant de tenter une quelconque réponse, encore faut-il énoncer une évidence : chaque ordre dispose à la fois d'avantages et d'inconvénients. Dès lors, y a-t-il une voie sinon meilleure, du moins plus protectrice des droits de la personne concernée par ces mesures ?

La voie judiciaire a pour elle la garantie constitutionnelle de l'indépendance de l'autorité judiciaire⁽²⁸⁾, ce qui implique d'ailleurs qu'elle soit seule compétente s'agissant des atteintes à la liberté la plus fondamentale, la liberté individuelle. La voie administrative, quant à elle, dispose d'atouts procéduraux indéniables. Comme il vient de l'être exposé, l'existence en la matière d'un référé-liberté s'avère particulièrement précieuse dans le contexte d'une loi telle que celle commentée. Comment, encore une fois, ne pas relever la différence nette existant entre de telles procédures administratives de référé et l'appel non suspensif d'exécution prévu dans le cadre du contrôle judiciaire des visites et saisies ?

Tout est alors une question de point de vue, suivant que l'on fait primer le statut ou les garanties procédurales. Toujours est-il cependant que notre Constitution opère clairement ce choix : elle considère que l'autorité judiciaire est seule gardienne de la liberté individuelle. Sans revenir une nouvelle fois sur le contenu de cette liberté, il suffit d'observer que sa seule soumission à la compétence exclusive de l'autorité judiciaire constitue une manifestation indéniable de hiérarchisation constitutionnelle entre les deux ordres.

Partant donc de ce point de vue constitutionnel, on ne peut que s'étonner à nouveau de l'intervention différenciée de ces autorités. En effet, une restriction à la liberté d'aller et venir – mesures individuelles de surveillance et de contrôle – est-elle vraiment moins grave qu'une atteinte aux droits au respect de sa vie privée et à l'inviolabilité de son domicile – visite et saisie – ? Il est difficile de l'affirmer, du moins dans l'abstrait.

Cela étant, il sera toujours permis de nous objecter que le Conseil a justement laissé le champ libre au législateur s'agissant de ces libertés. Mais le constater n'empêche pas de le regretter, cette position constitutionnelle ayant pour triste effet de placer, sans justification selon nous, des libertés à tout le moins équivalentes sous le contrôle de juges statutairement différents suivant, au demeurant, des procédures distinctes.

(24) CJA, art. L. 521-2.

(25) En effet, suivant CJA, art. L. 521-2, le juge administratif saisi d'un tel référé est tenu de se prononcer dans un délai de 48 heures.

(26) *Idem*.

(27) À la différence – semble-t-il – du pourvoi en cassation. En effet, contrairement à l'appel, le texte ne prévoit pas un tel caractère non suspensif d'exécution et renvoie aux règles prévues par le Code de procédure pénale, dont son article 569 qui dispose que le pourvoi en cassation est, par principe, suspensif d'exécution.

(28) La garantie de cette indépendance revient au président de la République suivant l'article 64 de la constitution et est assurée, s'agissant des magistrats du siège, par le statut dressé à l'article 65 de cette même constitution (notamment, la nomination et la discipline de ces magistrats ressortissent au Conseil supérieur de la magistrature).