



**HAL**  
open science

# LA CONVENTIONNALITÉ DE LA LÉGISLATION ANTI- TERRORISTE FRANÇAISE

Laure Laganier Milano

► **To cite this version:**

Laure Laganier Milano. LA CONVENTIONNALITÉ DE LA LÉGISLATION ANTI- TERRORISTE FRANÇAISE. Revue des droits et libertés fondamentaux, 2017. hal-02298467

**HAL Id: hal-02298467**

**<https://hal.science/hal-02298467v1>**

Submitted on 26 Sep 2019

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

# LA CONVENTIONNALITÉ DE LA LÉGISLATION ANTI-TERRORISTE FRANÇAISE

 [revuedlf.com/cedh/la-conventionnalite-de-la-legislation-anti-terroriste-francais/](http://revuedlf.com/cedh/la-conventionnalite-de-la-legislation-anti-terroriste-francais/)

Article par [Laure Milano](#)

Chronique classée dans [Droit européen des droits de l'homme](#) [Droit pénal](#)

RDLF 2017, chron. n°28

Mot(s)-clef(s): [avocat](#), [CourEDH](#), [Données à caractère personnel](#), [Droit au procès équitable](#), [état d'urgence](#), [garde à vue](#), [perquisitions administratives](#), [terrorisme](#), [Vie privée](#)

Cet article se penche sur la conformité au droit de la Convention européenne des droits de l'homme de la législation anti-terroriste française. Au terme d'un examen approfondi, il apparaît que si les garanties procédurales de la Convention sont globalement respectées – du fait notamment de l'abaissement récent du standard conventionnel – plusieurs difficultés pourraient apparaître sur le terrain des droits substantiels, plus particulièrement concernant la conciliation entre les mesures de surveillance et le droit au respect de la vie privée.

**Laure Milano, Professeur à l'Université de Montpellier (IDEDH, EA 3976)[1]**

La Cour européenne est de longue date confrontée à la question des mesures adoptées par les Etats parties en matière de lutte contre le terrorisme<sup>[2]</sup> et ce contentieux est malheureusement en plein essor. Il est possible de classer les recours adressés à la Cour dans ce domaine en deux catégories.

Une première catégorie concerne les recours contre les mesures prises par l'Etat en application de la clause de dérogation prévue à l'article 15 de la Convention. Cet article autorise les Etats membres « en cas de guerre ou d'autre danger menaçant la vie de la nation » à prendre des mesures dérogeant aux obligations conventionnelles. La Cour, lorsqu'elle est saisie, vérifie si les conditions de mise en œuvre de l'article 15 sont réunies, elle contrôle que l'Etat ne porte pas atteinte aux droits intangibles de la Convention, ceux-ci étant insusceptibles de dérogation, et enfin elle contrôle la nécessité et la proportionnalité des mesures dérogatoires<sup>[3]</sup>. Dans le cadre de ce contrôle de proportionnalité, elle s'assure que la mesure dérogatoire constitue « une réponse véritable » à la situation, qu'elle est pleinement justifiée par les circonstances exceptionnelles et qu'elle est assortie de garanties contre les abus<sup>[4]</sup>. Dans l'arrêt *A. contre Royaume-Uni*<sup>[5]</sup>, elle avait ainsi conclu à la violation du droit à la liberté et à la sûreté et du principe de non-discrimination s'agissant de la mesure dérogatoire qui consistait à placer en détention, pour une durée indéterminée, les étrangers soupçonnés de terrorisme. Cette jurisprudence relative au contrôle de l'application de l'article 15 intéresse l'Etat français puisque la déclaration de l'état d'urgence par le décret du 14 novembre 2015 s'est accompagnée du recours à cette clause, le gouvernement français ayant notifié au secrétaire général du Conseil de l'Europe, comme le prévoit l'article 15 §3 de la Convention, dès le 25 novembre 2015, sa décision de déroger à la Convention, notification renouvelée après chaque prorogation de l'état d'urgence. La sixième loi de prorogation du 11 juillet 2017 (n°2017-1154) a prévu de prolonger l'état d'urgence jusqu'au 1<sup>er</sup> novembre prochain<sup>[6]</sup>. Ce n'est pas la première fois que l'Etat français utilise la clause dérogatoire de l'article 15, il l'avait déjà utilisée en 1985 au moment des événements en Nouvelle-Calédonie. Néanmoins, de par sa durée et son champ d'application étendu à l'ensemble du territoire national, la dérogation actuelle est sans précédent. Le fait que le régime de l'état d'urgence s'applique aussi longtemps n'est pas en soi contraire à la Convention puisque le juge européen a admis, s'agissant justement de la menace terroriste, « qu'un "danger public" au sens de l'article 15 peut persister plusieurs années »<sup>[7]</sup>. Néanmoins, les instances du Conseil de l'Europe ont manifesté leur vive inquiétude quant à la situation en France. Encore récemment, le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe dans son rapport annuel d'activité a estimé que « l'année 2016 sera[it] probablement considérée comme ayant marqué un tournant décisif pour les droits de l'homme en Europe ». Il souligne en particulier une situation sans précédent dans laquelle trois pays, dont la France, dérogent à la Convention européenne des droits

de l'homme. Une délégation de la Cour européenne avec à sa tête le Président de la Cour, Guido Raimondi, a été reçue le 13 juin dernier par le Président de la République et nul doute que cette question a été abordée. Le Président de la République a par ailleurs assuré au Président de la Cour que le projet de loi antiterroriste qui sera adopté à l'automne serait respectueux de l'Etat de droit. Il n'y a toutefois pas, à ce jour, de recours introduits contre la France à l'encontre des mesures adoptées dans le cadre de l'état d'urgence, mais rien ne dit que celui-ci perdure ce ne sera pas le cas.

L'autre catégorie de recours dont la Cour peut être saisie, et ces derniers sont d'ailleurs beaucoup plus fréquents que les précédents, sont les recours contre les outils législatifs ordinaires en matière de lutte contre le terrorisme, outils qui sont utilisés hors situation de dérogation à la Convention. En la matière, les requêtes à Strasbourg les plus fréquentes sont introduites par les auteurs présumés d'actes terroristes. D'autres requêtes sont portées par les victimes d'attentats, celles-ci alléguant de la violation par l'Etat de son obligation positive de prendre les mesures nécessaires pour protéger les droits fondamentaux des personnes sous sa juridiction contre les actes terroristes. Ces requêtes sont moins nombreuses que les premières, mais cette jurisprudence est sans doute appelée à connaître des développements dans les années à venir. Enfin, ces requêtes peuvent être portées par des ONG, associations ou groupements professionnels qui estimeraient que leurs droits sont lésés par ces mesures de lutte contre le terrorisme, par nature, intrusives dans les droits fondamentaux. C'est le cas des recours qui ont été introduits contre la loi relative au renseignement du 24 juillet 2015 (n°2015-912)<sup>[8]</sup>, ces recours ayant été déposés par des associations de journalistes, le barreau de Paris et le Conseil national de l'Ordre des avocats<sup>[9]</sup>. La Cour européenne le 26 avril 2017 a rendu une décision de communication concernant ces requêtes<sup>[10]</sup>, ce qui signifie qu'elle statuera sur ces requêtes. S'il n'y a pas à ce jour d'arrêts de la Cour de Strasbourg concernant la législation anti-terroriste française, elle sera donc amenée dans les mois et années à venir à prendre position sur cette législation, mais pas seulement puisque des affaires très importantes sont actuellement pendantes devant la Cour concernant d'autres Etats européens. Il existe néanmoins un éventail jurisprudentiel assez riche, et qui s'étend sur plusieurs décennies, relatif à la conformité des mesures de lutte contre le terrorisme avec les droits conventionnellement garantis. Il n'est cependant pas certain que l'ensemble de cette jurisprudence soit mobilisable pour apprécier la conventionnalité potentielle de la législation anti-terroriste française. En effet, face aux terribles événements qui frappent les Etats européens depuis plusieurs mois déjà et face à la gravité de la menace terroriste, la Cour a fait évoluer certains aspects de sa jurisprudence et considère désormais le terrorisme comme « une catégorie spéciale du droit », formule employée dans l'arrêt *Sher contre Royaume-Uni*<sup>[11]</sup>. Il faudra donc attendre qu'elle ait tranché les affaires importantes qui sont actuellement pendantes devant elle pour savoir si, dans la lignée de sa jurisprudence antérieure, elle cherche à établir un point d'équilibre entre le respect des droits fondamentaux et les nécessités de la lutte contre le terrorisme ou bien si, en raison de la gravité de la situation actuelle, sa jurisprudence tend vers un relâchement du contrôle au nom du principe de subsidiarité et de l'idée selon laquelle l'Etat doit disposer en la matière d'une large marge d'appréciation<sup>[12]</sup>.

D'ores et déjà la jurisprudence témoigne du fait que cet affaiblissement du contrôle est à l'œuvre en matière de garanties procédurales.

Dans ces conditions, apprécier la conventionnalité de la législation anti-terroriste française relève d'un exercice de prospective, exercice qui est néanmoins balisé par les signaux envoyés par la jurisprudence européenne récente. La législation française en matière de terrorisme est extrêmement fournie puisque, depuis près de 30 ans, on assiste à un empilement de textes en la matière et rien que pour la période 2012-2017 pas moins de cinq lois ont été adoptées et le gouvernement prépare une sixième loi pour l'automne, loi « renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme »<sup>[13]</sup>, projet de loi qui a été présenté le 22 juin dernier en Conseil des ministres. A cela, il faut encore ajouter, les lois de prorogation de l'état d'urgence puisque certaines d'entre elles et notamment celles du 21 juillet 2016 (n°2016-987)<sup>[14]</sup> et du 19 décembre 2016 (n°2016-1767) contiennent des dispositions de fond en matière de lutte contre le terrorisme.

L'ensemble de cette législation se caractérise par deux éléments.

D'une part, les outils de lutte contre le terrorisme y sont pour beaucoup appréhendés au travers d'un régime dérogatoire au droit commun<sup>[15]</sup>, ce qui a pour conséquence de renforcer considérablement les prérogatives des autorités publiques et de restreindre les droits des individus qui en font l'objet. Ceci soulève des questions du point

de vue du respect des droits fondamentaux<sup>[16]</sup>.

D'autre part, un certain nombre d'outils législatifs présents dans la loi renseignement du 24 juillet 2015 ou dans la loi du 3 juin 2016 relative à la lutte contre le crime organisé et le terrorisme<sup>[17]</sup> ont pour particularité d'être empruntés au régime de l'état d'urgence et de faire désormais leur entrée dans le droit commun<sup>[18]</sup>. Mouvement qui va se poursuivre avec le dernier projet de loi « renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme »<sup>[19]</sup>.

Différents types de mesures contenues dans cette législation sont susceptibles de soulever des interrogations du point de vue des droits fondamentaux, d'autant que la loi du 3 juin 2016 et les différentes lois de prorogation de l'état d'urgence n'ont pas fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité. Ces mesures peuvent être classées en trois catégories: les outils de prévention (I), les outils de collecte de données (II) et les outils d'enquête (III), classification qui peut receler une part d'artifice dans la mesure où ces catégories peuvent être amenées à se chevaucher. Loin de prétendre à l'exhaustivité, cette présentation se focalise seulement sur certaines mesures, parmi les plus problématiques.

## I- LES OUTILS DE PRÉVENTION

Parmi les mesures les plus emblématiques, et qui sont les plus critiquées, arrivent en tête de liste, les assignations à résidence.

L'analyse des assignations sous l'angle des droits fondamentaux est intéressante non seulement parce que cette mesure fait partie des plus contestées parmi la gamme des outils utilisés mais également parce que nous disposons d'arrêts récents de la Cour européenne sur cette question, ce qui permet de guider l'analyse de la conventionnalité de cette mesure.

Les assignations peuvent être prononcées:

– soit dans le cadre de l'état d'urgence, sur le fondement de la loi du 3 avril 1955 telle que modifiée par la loi du 20 novembre 2015<sup>[20]</sup> qui prévoit que le ministre de l'Intérieur peut prononcer l'assignation à résidence de toute personne dont « il existe des raisons sérieuses de penser que son comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre public (...) »,

– soit sur le fondement de la loi du 3 juin 2016 qui, faisant entrer dans le droit commun cette mesure, prévoit que, dans le cadre du contrôle administratif des retours, le ministre de l'Intérieur a la possibilité d'assigner à résidence une personne qui a quitté le territoire national et dont il existe des raisons sérieuses de penser que ce déplacement a eu pour but de rejoindre le théâtre d'opérations de groupements terroristes (art. L.225-2 du code de la sécurité intérieure).

Parmi les critiques adressées aux assignations à résidence, en particulier celles prévues par la loi du 3 juin 2016 puisque les assignations sont, dans ce cadre, des outils législatifs ordinaires, la principale<sup>[21]</sup> concerne les pouvoirs conférés au ministre de l'Intérieur, pouvoir qui brouille la distinction entre police administrative et police judiciaire, brouillage qui concerne de nombreuses mesures adoptées dans le cadre de la loi du 3 juin 2016 (*cf infra*). La conséquence de la qualification de l'assignation comme mesure de police administrative est de priver la personne concernée des garanties de la procédure pénale, alors même que comme le soulignait le Défenseur des droits, « un individu de retour de l'étranger après avoir participé à des activités terroristes pourrait être poursuivi pénalement » et « la voie judiciaire devrait donc être privilégiée ». Du point de vue des droits fondamentaux, les répercussions d'une telle mesure sont nombreuses, car même si la loi de 2016 contient un certain nombre de garanties<sup>[22]</sup>, on peut douter de leur effectivité réelle. La liberté individuelle est nécessairement impactée par une telle mesure, reste à déterminer à quel degré. Ainsi que l'a souligné K. Blay-Grabarczyk, « l'interrogation quant à la nature 'privative' ou 'restrictive' des assignations à résidence ne constitue pas uniquement un débat théorique doctrinal »<sup>[23]</sup>. La nature de la mesure détermine son régime juridique. Si elle est qualifiée de mesure « privative » de liberté, cela entraîne l'application des garanties des articles 66 de la Constitution et 5 de la Convention EDH qui protège le droit à la liberté et à la sûreté et la compétence du juge judiciaire. En revanche, s'agissant d'une mesure « restrictive », elle sera analysée sous l'angle des articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et

du citoyen, relatifs à la liberté d'aller et venir, et de l'article 2 du Protocole 4 à la Convention EDH protégeant la liberté de circulation. Cette mesure ne nécessite pas l'intervention du juge judiciaire. Selon le Conseil d'Etat dans l'arrêt *Domenjoud*<sup>[24]</sup>, et les conclusions du rapporteur public dans cette affaire s'appuient sur la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, et selon le Conseil constitutionnel<sup>[25]</sup>, les assignations à résidence sont des mesures de police administrative à caractère préventif qui entraînent une simple restriction de liberté et dont le contrôle relève de la compétence du juge administratif<sup>[26]</sup>. Dans la décision du 22 décembre 2015, le Conseil constitutionnel avait toutefois émis une réserve d'interprétation précisant que « la plage horaire maximale de l'astreinte à domicile dans le cadre de l'assignation à résidence, fixée à douze heures par jour, ne saurait être allongée sans que l'assignation à résidence soit alors regardée comme une mesure privative de liberté, dès lors soumise aux exigences de l'article 66 de la Constitution »<sup>[27]</sup>. Cependant, quelques mois plus tard, dans la décision du 16 mars 2017<sup>[28]</sup>, il semble revenir sur cette interprétation en considérant que, quelle que soit la durée de l'assignation, elle conserve sa nature de mesure restrictive de liberté. Certes, il encadre leurs conditions de mise en œuvre<sup>[29]</sup> dès que leur durée dépasse 12 mois, mais sans remettre en cause leur caractère de mesure de police administrative.

La jurisprudence européenne a parfois manqué de clarté car selon les circonstances, elle a retenu s'agissant de mesures comparables à des assignations à résidence, la qualification de mesure restrictive ou privative de liberté. Par exemple dans l'affaire *Buzadji* du 5 juillet 2016<sup>[30]</sup>, s'agissant d'une assignation à résidence de plus de 7 mois, elle a statué sous l'angle de l'article 5, pour d'ailleurs aboutir au constat de violation de cette disposition. Alors que dans l'arrêt *De Tommaso* rendu le 23 février 2017<sup>[31]</sup>, s'agissant du régime italien de surveillance spéciale, très proche du régime de l'état d'urgence français, elle s'est placée sous l'angle de l'article 2 du Protocole 4. Cette différence d'appréciation s'explique par le fait que la Cour prend en compte la situation concrète de la personne concernée en cherchant « par-delà les apparences et le vocabulaire employé (...) à cerner la réalité »<sup>[32]</sup>. Pour ce faire, elle estime, selon une jurisprudence constante, que « pour déterminer si un individu se trouve "privé de sa liberté" au sens de l'article 5, il faut partir de sa situation concrète et prendre en compte un ensemble de critères comme le genre, la durée, les effets et les modalités d'exécution de la mesure considérée. Entre privation et restriction de liberté, il n'y a qu'une différence de degré ou d'intensité, non de nature ou d'essence »<sup>[33]</sup>. S'efforçant de clarifier sa position, elle distingue dans l'arrêt *De Tommaso* d'une part, les « assignations à domicile » qui, proches d'un régime de détention provisoire, sont considérées, au regard de leur degré d'intensité, comme des privations de liberté ; et d'autre part, les « assignations à résidence » qui relèvent de l'article 2 du Protocole 4. Ce n'est donc que « dans des circonstances particulières, mettant en exergue des contraintes particulièrement fortes quant à la liberté individuelle d'un individu que le juge retient la qualification de 'privation de liberté' »<sup>[34]</sup>. Dans cette affaire, elle conclut à la violation de l'article 2 du Protocole 4 en considérant que ni les personnes auxquelles pouvaient s'appliquer ces mesures, ni le contenu de certaines de ces mesures n'étaient définies avec une clarté et une précision suffisantes (§125). Le régime spécial de détention italien, qui depuis 2015 s'applique en matière de terrorisme, étant très proche du régime des assignations à résidence prévues dans le cadre de l'état d'urgence, on peut considérer qu'elles seraient analysées par le juge européen comme des restrictions de liberté. Reste à savoir si les dispositions législatives encadrant ces mesures, tant dans le cadre de l'état d'urgence que dans la loi du 3 juin 2016, seraient considérées comme suffisamment prévisibles et précises et si le large pouvoir d'appréciation reconnu aux autorités administratives et au juge administratif serait considéré comme une garantie suffisante contre les abus<sup>[35]</sup>. La question de la durée des assignations, bien qu'encadrée par le juge constitutionnel, pourrait aussi soulever des difficultés. Il faut préciser que dans l'actuel projet de loi, les « mesures individuelles de surveillance » marquent définitivement l'entrée dans le droit commun des assignations telles qu'elles sont prévues dans le cadre de l'état d'urgence<sup>[36]</sup>. Sous réserve des modifications qui pourront être apportées au cours du débat parlementaire, elles seront décidées par le Préfet, seront renouvelables tous les 3 mois, perpétuellement, contrairement à l'avis émis sur le texte par le Conseil d'Etat<sup>[37]</sup>, sous réserve que l'administration apporte des éléments nouveaux, conformément à la jurisprudence constitutionnelle. En revanche, le régime juridique qui les entoure apparaît plus strict, notamment parce que les conditions pour prononcer ces mesures sont plus précises, et l'astreinte à domicile n'est pas prévue par le texte. Ainsi que le souligne le Conseil d'Etat, en l'état actuel, ces mesures comportent un degré de contrainte « significativement inférieur » aux assignations prévues par la loi de 1955 et laissent à l'intéressé une liberté de mouvement conciliable avec une vie familiale et professionnelle normale<sup>[38]</sup>.

## II- LES OUTILS DE COLLECTE DES DONNÉES.

La prévention des actes terroristes passe aujourd'hui essentiellement par la recherche de renseignements et par la mise en place d'outils toujours plus performants en matière de surveillance des individus et de collecte d'informations. Ceci est d'ailleurs attesté par la réglementation française, qu'il s'agisse de la loi renseignement du 24 juillet 2015, de celle du 3 juin 2016<sup>[39]</sup> ou de la publication, le 30 octobre 2016, du décret relatif au méga fichier Titres électroniques sécurisés (TES). Ces techniques de captation des données font l'objet de vives critiques en raison des dangers qu'elles induisent pour les libertés individuelles (A), raison pour laquelle le législateur a prévu leur encadrement (B).

## A- La difficile conciliation des techniques de captation des données avec les libertés individuelles

Certaines mesures préventives permettent aux services de renseignement de recueillir des informations qui ne pourront pas directement servir de preuve pour une infraction commise mais qui permettront de faire démarrer une enquête ou une instruction, confirmant la porosité de la frontière entre police judiciaire et police administrative. Ainsi, depuis l'adoption de la loi renseignement, la mise en place de dispositifs de sonorisation de certains lieux et véhicules et de captation d'images et de données informatiques (art. 706-96 CPP) peut être réalisée par les services de renseignements dans le cadre de leurs missions préventives, alors que ce dispositif, institué par la loi du 9 mars 2004<sup>[40]</sup>, était à l'origine réservé aux enquêtes effectuées dans le cadre d'une information judiciaire. Ces dispositifs sont directement visés dans les requêtes introduites à Strasbourg contre la loi renseignement, les requérants invoquant des violations de l'article 8, qui garantit le droit au respect de la vie privée, de la vie familiale et des correspondances, de l'article 10 qui protège la liberté d'expression et de l'article 13 qui garantit le droit à un recours effectif. La Cour, dans le dialogue qu'elle a amorcé avec la France en acceptant la communication de ces requêtes, l'interroge notamment sur la prévisibilité de la loi, les garanties qui entourent ces mesures et leur proportionnalité. De même, un décret du 24 décembre 2014 relatif à l'accès administratif aux données de connexion<sup>[41]</sup>, dont l'application d'ailleurs ne vise pas uniquement la lutte contre le terrorisme, permet à différents services administratifs dans le cadre d'une enquête administrative de collecter auprès des opérateurs internet toutes les données techniques de connexion d'une personne désignée. Ces mesures de prévention ne sont donc pas entourées des garanties de la procédure judiciaire et, notamment, elles n'ont pas été autorisées par un juge, à la différence par exemple de l'utilisation de l'IMSI *catcher*, dispositif qui permet lui aussi la captation de données<sup>[42]</sup>. Il s'agit par essence de collectes d'informations qui se font à l'insu des intéressés, et si l'on en comprend bien sûr les raisons, on ne peut néanmoins que constater que les garanties qui entourent ces mesures sont quasi-inexistantes. Cette transgression police administrative/ police judiciaire ne permet pas le déploiement des garanties procédurales, l'absence de contrôle juridictionnel préalable rendant notamment impossible l'exercice des droits de la défense, ceux-ci étant repoussés à la phase d'instruction. La qualification de mesures administratives ne permet pas pour autant d'échapper aux exigences européennes et il n'est pas certain que l'ampleur des ingérences autorisées dans le respect de la vie privée sans contreparties procédurales solides satisfasse à ces dernières. La Cour dès l'arrêt *Klass contre Allemagne* de 1978<sup>[43]</sup> a été confrontée aux mesures de surveillance secrète destinées à lutter notamment contre le terrorisme. Il faut souligner qu'en application de la jurisprudence *Zakharov contre Russie*<sup>[44]</sup>, relative à la qualité de victime en matière de surveillance secrète, lorsque le droit interne n'offre pas de recours devant un organe indépendant pour se plaindre de ces mesures de surveillance, les particuliers peuvent invoquer devant la Cour de Strasbourg la seule existence de telles mesures sans avoir à démontrer qu'ils ont été directement concernés<sup>[45]</sup>. Cette interprétation extensive de la notion de victime aboutit dès lors à un contrôle *in abstracto* de la loi.

La Cour considère que ces mesures constituent, par nature, des ingérences dans le droit au respect de la vie privée quelle que soit la technique utilisée, même si elle estime que certains outils sont plus attentatoires que d'autres à la vie privée. Ainsi, dans un arrêt *Uzun contre Allemagne*<sup>[46]</sup>, rendu dans une affaire de terrorisme, elle a estimé que la surveillance par GPS est moins susceptible de porter atteinte au droit au respect de la vie privée d'une personne que les méthodes de surveillance par des moyens visuels ou acoustiques qui « révèlent plus d'informations sur la conduite, les opinions ou les sentiments de la personne qui en fait l'objet » (§52). Elle a néanmoins considéré dans cette affaire que la surveillance par GPS constituait, en l'espèce, une ingérence dans la vie privée. Ces outils peuvent toutefois être compatibles avec la Convention, si l'ingérence dans la vie privée respecte les critères posés par la Cour au fil de sa jurisprudence. Ainsi, s'agissant du critère de la prévisibilité de l'ingérence, elle a toujours considéré qu'« en matière d'interceptions de communications, la 'prévisibilité' ne pouvait

être interprétée de la même façon que dans beaucoup d'autres domaines »<sup>[47]</sup>. Elle a plus récemment élaboré une grille d'analyse très détaillée en la matière<sup>[48]</sup>. Elle estime ainsi que l'exigence de prévisibilité n'impose pas aux États d'énumérer en détails toutes les situations pouvant entraîner des opérations de surveillance secrète, mais que néanmoins cette législation, qui accorde un pouvoir discrétionnaire à l'exécutif, doit indiquer quelle est l'étendue de ce pouvoir discrétionnaire et les modalités de son exercice avec suffisamment de clarté pour offrir à tout individu une protection adéquate contre les ingérences arbitraires. Dans l'affaire *Szabo et Vissy*<sup>[49]</sup> de 2016, qui concernait des opérations anti-terroristes de surveillance secrète prévues par la législation hongroise et susceptibles de s'appliquer à un large cercle de personnes, elle a jugé que cette législation ne définissait pas de manière suffisamment précise le cercle des personnes susceptibles d'être concernées par ces mesures ouvrant la voie à une surveillance illimitée d'un grand nombre de citoyens. De même, s'agissant de la nécessité de telles mesures, la Cour affiche une volonté de fermeté puisqu'elle considère que l'exigence de nécessité « dans une société démocratique » doit être interprétée de façon stricte<sup>[50]</sup> et doit permettre d'éviter le risque d'arbitraire. Certes, son contrôle tente d'établir un équilibre entre efficacité des investigations et respect des droits fondamentaux et elle reconnaît que l'urgence de la situation peut conduire à un assouplissement des exigences procédurales, en particulier lorsqu'il s'agit de prévention du terrorisme<sup>[51]</sup>. Néanmoins, elle exige que les perquisitions, saisies de données personnelles, interceptions en tous genres s'exercent dans un cadre législatif clair et précis et sous le contrôle d'un juge<sup>[52]</sup>. Il faut à ce sujet noter la censure d'une disposition de la loi renseignement par le Conseil constitutionnel<sup>[53]</sup> selon un raisonnement et une motivation très proches de ceux qu'emploie la Cour européenne, le Conseil estimant que les mesures de surveillance par voie hertzienne n'étaient pas suffisamment encadrées et portaient ainsi atteinte au droit au respect de la vie privée et au secret des correspondances.

A cela s'ajoute le fait que l'interception de données (communications, documents, etc.) peut également concerner les avocats ou des documents couverts par le secret des échanges entre l'avocat et son client et ainsi porter atteinte aux droits de la défense (le régime de l'article 100-7 CPP doit être appliqué). Certes, cette confidentialité des échanges n'est pas intangible et doit céder devant les exigences du respect de l'ordre public et la nécessaire prévention des infractions pénales<sup>[54]</sup>. Néanmoins, la Cour exerce un contrôle renforcé dès lors que les perquisitions et saisies concernent les relations entre l'avocat et son client et exige des garanties procédurales spécifiques ainsi qu'une législation suffisamment claire et précise sur les conditions dans lesquelles doit s'opérer le tri entre ce qui relève spécifiquement du mandat d'avocat et ce qui a trait à une activité qui n'est pas celle de conseil<sup>[55]</sup>.

Cette attention redoublée se justifie d'autant plus que la loi du 3 juin 2016 prévoit (art. 4 alinéa 4) que la découverte d'infractions autres que celles ayant motivé la saisie ou l'interception de données n'est pas une cause de nullité des procédures incidentes, ce qui constitue une nouvelle dérogation au droit commun.

La Cour de Strasbourg, dans la communication qu'elle a adressée au gouvernement français, l'interroge sur les garanties destinées à s'appliquer aux mesures susceptibles de viser les avocats et, en cas d'atteinte au secret de leurs échanges avec leurs confrères ou leurs clients, sur les mesures permettant de sanctionner ces atteintes.

Le législateur a néanmoins prévu, dans la loi renseignement, d'encadrer ces techniques de renseignement.

## B- Le contrôle des techniques de renseignement

Cet encadrement s'opère en particulier grâce à la création de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (ci-après la CNCTR) ainsi que par la création d'une formation spécialisée au sein du Conseil d'Etat.

La CNCTR, autorité publique indépendante, a remplacé la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité (CNCIS). Là encore dans les requêtes adressées à Strasbourg, l'effectivité du contrôle effectué par cette commission est mise en cause, en particulier lorsque les mesures de renseignement concernent des avocats ou des journalistes. La CNCTR exerce un contrôle *a priori* et *a posteriori* et donne un avis obligatoire, mais qui ne lie pas le Premier ministre, préalablement à la mise en œuvre des techniques de recueil du renseignement<sup>[56]</sup>. La CNCTR peut également être saisie par toute personne « souhaitant vérifier qu'aucune technique de renseignement n'est irrégulièrement mise en œuvre à son égard »<sup>[57]</sup>. Toutefois, si la Commission doit notifier à

l'auteur de la réclamation « qu'il a été procédé aux vérifications nécessaires », elle ne peut ni « confirmer ni infirmer leur mise en œuvre »<sup>[58]</sup>. On peut s'interroger sur la conformité à la jurisprudence européenne de cette absence d'information, celle-ci considérant que l'effectivité des recours est « compromise par l'absence d'obligation de donner notification à un stade quelconque à la personne visée par l'interception, et par l'inexistence d'une possibilité satisfaisante de demander et d'obtenir auprès des autorités des informations sur les interceptions »<sup>[59]</sup>. En revanche, quant à la nature de cette autorité de contrôle, la Cour de Strasbourg a déjà jugé par le passé que la Convention n'imposait pas que le contrôle fût assuré par une autorité nécessairement judiciaire<sup>[60]</sup>. Seul importe que l'organe soit suffisamment indépendant à l'égard de l'exécutif. Il est certes préférable pour la Cour que le contrôle soit confié à un magistrat, mais un organe non-judiciaire est compatible avec l'article 8 s'il est indépendant des autorités qui procèdent à la surveillance et investi de pouvoirs et attributions suffisants pour exercer un contrôle efficace et permanent<sup>[61]</sup>.

De plus, la loi du 24 juillet 2015 a créé une formation spécialisée au sein du Conseil d'Etat compétente en premier et dernier ressort pour connaître des litiges relatifs à la mise en œuvre des techniques de renseignement soumises à autorisation et des fichiers intéressant la sûreté de l'Etat<sup>[62]</sup>. Dans le but de protéger les secrets de la défense nationale, la procédure instituée est dérogatoire au droit commun et le principal aménagement concerne le caractère contradictoire de la procédure<sup>[63]</sup> puisque le juge a un accès total aux informations contenues dans les fichiers exploités par les services de renseignement alors que le requérant n'y a pas accès<sup>[64]</sup>. La nécessité de protéger la défense nationale implique également que la motivation du juge soit non circonstanciée sur le fond, que la procédure se tienne à huis clos et que les conclusions du rapporteur public soient prononcées hors la présence des parties. La formation spécialisée du Conseil d'Etat a rendu ses premières décisions le 19 octobre 2016<sup>[65]</sup> et depuis lors d'autres ont suivi<sup>[66]</sup>. Outre la violation de l'article 8 de la Convention, les requérants arguent dans toutes ces requêtes d'une violation de l'article 6 de la Convention et, en particulier, d'une violation des droits de la défense. L'intérêt de ces décisions est avant tout pédagogique, le Conseil d'Etat systématisant les différents cas de figure qui se présentent à lui et expliquant la teneur de son contrôle. Ainsi lorsqu'il est saisi de conclusions dirigées contre le refus de communiquer les données relatives à une personne qui allègue être mentionnée dans l'un des fichiers visé par le code de la sécurité intérieure, la formation spécialisée vérifie, au regard des informations qui lui ont été transmises hors la procédure contradictoire, si la personne figure ou non dans ce fichier. Dans l'affirmative, elle vérifie si les données sont pertinentes au regard des finalités poursuivies par le fichier, adéquates et proportionnées. Si les données concernant la personne ne sont entachées d'aucune illégalité ou si la personne ne figure pas dans le fichier, les conclusions sont rejetées sans précision. Si les données litigieuses sont entachées d'illégalité, elle en informe le requérant sans faire état du contenu des données couvertes par le secret de la défense nationale ; toute illégalité pouvant par ailleurs être relevée d'office par le juge. L'autorité gestionnaire du fichier doit alors rétablir la légalité de ces données en effaçant ou rectifiant les données litigieuses, toute décision implicite de refus devant être annulée. Toutefois, pour la personne concernée, l'absence d'accès aux informations contenues dans le fichier et sur lesquelles le juge va fonder sa décision biaise totalement le contradictoire et les droits de la défense. Dans la jurisprudence européenne le principe du contradictoire, qui suppose « la faculté pour les parties à un procès, pénal ou civil, de prendre connaissance de toute pièce ou observation présentée au juge, même par un magistrat indépendant, en vue d'influencer sa décision, et de la discuter »<sup>[67]</sup>, est une condition de réalisation des droits de la défense. On constate, cependant, dans la jurisprudence européenne récente, un net recul des droits de la défense dès lors qu'il s'agit de lutter contre le terrorisme ou contre le crime organisé<sup>[68]</sup>. Aussi, bien qu'il soit présenté comme un principe fondamental, la Cour de Strasbourg admet que le caractère contradictoire de la procédure puisse céder devant d'autres exigences et notamment celles de la sécurité nationale<sup>[69]</sup>. Elle vérifie néanmoins dans ce cas si le processus décisionnel était apte à protéger les intérêts du requérant. A ce titre, elle attache une importance particulière à l'indépendance et à l'impartialité du juge qui sera amené à conduire la procédure ainsi qu'à sa compétence de pleine juridiction. La formation spécialisée du Conseil d'Etat remplissant ces exigences, on peut considérer que cette procédure ne soulève pas *a priori* de problème de conventionnalité.

### III- LES OUTILS D'ENQUÊTE

Il faut distinguer les outils d'enquêtes administratives (A) et ceux propres à l'enquête judiciaire (B). Ce sont les premiers qui sont susceptibles de soulever des difficultés au regard des droits fondamentaux dans la mesure où ils ne sont justement pas entourés des garanties de la procédure judiciaire. Les outils d'enquête judiciaire retiennent,



eux, notre attention essentiellement en raison de l'évolution récente de la jurisprudence européenne en matière de droits de la défense.

## A- Les outils d'enquêtes administratives

Deux mesures en particulier soulèvent des difficultés du point de vue de leur conciliation avec les droits fondamentaux. Tout d'abord, la retenue administrative, prévue par l'article 48 de la loi du 3 juin 2016 (1). Sa classification comme mesure d'enquête peut être contestée<sup>[70]</sup>, le législateur n'identifiant pas précisément cette mesure comme destinée à recueillir des informations, il nous semble néanmoins que c'est l'un des objectifs poursuivis par la mise en œuvre de cet outil. Les perquisitions administratives (2), quant à elles, servent clairement un tel objectif.

### 1- La retenue administrative

Il s'agit de l'une des mesures la plus illustrative du brouillage entre police administrative et police judiciaire. La retenue administrative permet, lors du contrôle ou de la vérification d'identité d'une personne et lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser que le comportement de cette personne peut être lié à des activités à caractère terroriste, de la retenir sur place ou dans un local de police en vue de la vérification de sa situation, retenue qui ne peut excéder 4 heures. Le Procureur de la République est immédiatement averti de la mise en œuvre de la retenue. Il faut préciser que cette mesure a subi de nombreuses améliorations par rapport au projet de loi initial à la suite des critiques qui ont été notamment émises par le Défenseur des droits<sup>[71]</sup> ou la CNCDH<sup>[72]</sup>. La loi prévoit ainsi désormais, notamment, que la retenue ne peut donner lieu à audition et que la personne est immédiatement informée de ses droits dont celui de garder le silence. La nature de cette mesure reste cependant ambiguë et les garanties qui l'entourent insuffisantes. On peut, en effet, s'interroger sur la finalité réelle de cette retenue. La loi prévoit que la personne ne peut être auditionnée mais, en pratique, la personne retenue pendant 4 heures ne sera-t-elle pas soumise à une forme d'interrogatoire ? D'ailleurs, l'étude d'impact de la loi prévoyait clairement que cette mesure visait à l'obtention de renseignement. Dans ce cas pourquoi ne pas avoir utilisé les outils déjà existants tels que l'audition libre ou la garde à vue ? La conséquence très claire de la qualification de mesure administrative est de priver la personne de ses droits de la défense au premier rang desquels le droit à l'assistance d'un défenseur<sup>[73]</sup>. Certes, la personne doit être informée de son droit de garder le silence mais si elle choisit de collaborer, quelles seront les garanties qui entoureront les déclarations qui seront faites à ce stade et qui pourront être utilisées à des fins incriminantes dans la suite de la procédure ?

Du point de vue des exigences du procès équitable, même si l'article 6 de la Convention européenne n'a pas *a priori* vocation à s'appliquer dès ce stade, la Cour européenne pratique un contrôle global qui peut porter sur les phases antérieures à la phase judiciaire et considère qu'un manquement grave aux garanties procédurales dans la phase administrative, s'il est susceptible de compromettre l'équité de l'ensemble de la procédure, emporte la violation de l'article 6. A ce sujet, elle a estimé dans l'arrêt *Ibrahim*<sup>[74]</sup> que le fait d'avoir amené au commissariat l'un des requérants en tant que témoin potentiel pour qu'il aide les policiers dans leur enquête, sans qu'ils le soupçonnent à ce moment-là d'être mêlé à une infraction pénale, avait déclenché l'applicabilité des garanties de l'article 6, matière pénale, dès lors que le requérant s'était livré à des déclarations auto-incriminantes. L'absence de garanties procédurales entourant la retenue administrative pourrait donc soulever un problème de conventionnalité en fonction de l'utilisation qui sera faite de cette mesure. L'autre point d'achoppement, plus problématique encore, est la possibilité de recourir à cette retenue à l'encontre d'un mineur qui ne pourra être assisté que de son représentant légal. Cette possibilité, qui a été vivement combattue par le Défenseur des droits et la CNCDH, est en contradiction avec les engagements internationaux de la France dont la jurisprudence strasbourgeoise, très attentive à l'intérêt supérieur de l'enfant, et qui rappelait encore dans l'arrêt du 23 mars 2016 *Blokhin*<sup>[75]</sup> que « des garanties procédurales adéquates doivent être mises en place pour protéger l'intérêt supérieur et le bien-être des enfants, surtout lorsque leur liberté est en jeu (...) ».

### 2- Les perquisitions administratives

Les perquisitions administratives sont, elles, autorisées par la loi du 3 avril 1955 n°55-385 relative à l'état d'urgence.

Du point de vue de l'enquête, elles sont utiles puisqu'elles vont permettre de perquisitionner dans des hypothèses

plus larges que les perquisitions judiciaires, leur mise en œuvre n'étant pas conditionnée par la suspicion d'infractions pénales. En tant que mesures de police administrative, leur contrôle relève de la compétence du juge administratif ainsi que l'a confirmé le Conseil constitutionnel<sup>[76]</sup>. Ces perquisitions revêtent, par rapport aux autres mesures qui peuvent adoptées dans le cadre de l'état d'urgence, un certain nombre de particularités qui doivent être soulignées. Tout d'abord, la loi de 1955 prévoit que le décret déclarant l'état d'urgence ou la loi le prorogeant doivent expressément conférer au ministre de l'Intérieur et aux préfets le pouvoir d'ordonner des perquisitions administratives. Ce pouvoir ne peut donc être activé que par une disposition spéciale, ce qui a été le cas du décret du 14 novembre 2015 déclarant l'état d'urgence puis des lois qui l'ont prorogées, sachant que la loi de prorogation du 20 mai 2016 avait suspendu cette prérogative qui a ensuite été réactivée par la loi du 21 juillet 2016. Cette mise en œuvre spécifique s'explique en partie par le fait que ce sont vraisemblablement les mesures les plus attentatoires aux droits fondamentaux, tant du point de vue de la perquisition elle-même, qui constitue une atteinte à l'inviolabilité du domicile, que des conséquences directes et indirectes de cette perquisition. De plus, parmi les différentes mesures qui peuvent être adoptées dans le cadre de l'état d'urgence, les perquisitions administratives sont, depuis le 14 novembre 2015, et de très loin, les mesures les plus utilisées, même si en pratique une très faible minorité d'entre elles (en moyenne 1 sur 5) aboutissent à un constat d'infraction. Enfin, alors que ce sont les mesures les plus utilisées, ce sont celles qui génèrent le moins de contentieux. Ceci s'explique par le fait, qu'à la différence par exemple des assignations à résidence, l'exercice du référé est matériellement impossible et le contrôle juridictionnel ne s'exerce qu'à posteriori c'est-à-dire lorsque la mesure a épuisé ses effets, ces éléments expliquant que le Conseil d'Etat se soit prononcé sur ces mesures plus tardivement que sur les autres mesures adoptées dans le cadre de l'état d'urgence, l'avis sur les perquisitions administratives ayant été rendu le 6 juillet 2016<sup>[77]</sup>. Par cet avis, le Conseil d'Etat vient encadrer les conditions de mise en œuvre et le déroulement de ces perquisitions, ainsi que leur régime contentieux. L'apport de l'avis se situe sur deux terrains : le contrôle juridictionnel de ces perquisitions et les conditions d'engagement de la responsabilité de l'Etat pour la personne perquisitionnée et les tiers.

S'agissant du contrôle juridictionnel, l'avis complète la décision du Conseil constitutionnel du 19 février 2016<sup>[78]</sup> qui n'avait mentionné au titre des garanties juridictionnelles de la perquisition administrative que l'action en responsabilité. Le Conseil d'Etat vient donc juger que le recours pour excès de pouvoir est également recevable à l'encontre d'un ordre de perquisition. Les deux recours ayant des objets différents, l'exception de recours parallèles ne joue pas. Le contrôle du juge dans le cadre du recours pour excès de pouvoir porte, comme le précise l'avis, sur l'exigence de motivation. Cette exigence de motivation est très importante et, comme l'a souligné la doctrine, elle vise moins à informer la personne des raisons pour lesquelles elle a été perquisitionnée qu'à obliger l'administration à procéder à un examen minutieux du bien-fondé de cette perquisition. La dispense de motivation ne jouera qu'en cas d'urgence absolue (celle-ci n'étant pas présumée par la déclaration d'état d'urgence) et il appartiendra au juge d'apprécier la situation au cas par cas. Il faut par ailleurs noter la montée en puissance de cette exigence sous l'influence européenne, puisque c'est en se fondant sur la Convention que la chambre criminelle de la Cour de Cassation exige une motivation renforcée des ordonnances du JLD en matière de perquisition et de prolongation de la garde à vue<sup>[79]</sup>.

Comme pour les assignations à résidence<sup>[80]</sup>, le contrôle exercé par le juge administratif est un contrôle entier, il doit s'assurer, comme l'a précisé le Conseil constitutionnel<sup>[81]</sup>, que la mesure est adaptée, nécessaire et proportionnée à sa finalité. L'avis précise que les résultats de la perquisition n'influent pas sur le contrôle de la légalité de l'ordre de perquisition. En toute hypothèse, comme l'a confirmé la chambre criminelle de la Cour de cassation par trois arrêts du 13 décembre 2016<sup>[82]</sup>, sur le fondement de l'article 111-5 du code pénal et de l'article préliminaire du code de procédure pénale, le juge pénal peut contrôler la légalité des perquisitions administratives en cas de procédure pénale incidente.

Le juge européen, quant à lui, se montre sans doute plus compréhensif que par le passé en matière de perquisitions. Il a ainsi admis dans l'arrêt *Sher*<sup>[83]</sup> que la lutte contre le terrorisme et l'urgence de la situation pouvaient justifier qu'un mandat de perquisition fut formulé de manière relativement large. En pareil cas, il y a lieu selon lui d'accorder une certaine flexibilité aux autorités pour apprécier quels éléments peuvent être liés à des activités terroristes et être saisis pour un plus ample examen. C'est néanmoins l'existence de garanties judiciaires contre le risque d'arbitraire (mandat délivré par un juge, contrôle juridictionnel du mandat) qui justifiera la non violation de l'article 8 en l'espèce. De plus, l'absence de contrôle *a priori* ne soulève pas en soi de difficulté au regard de la Convention puisque la Cour a reconnu dans l'arrêt *Szabo et Vissy*<sup>[84]</sup> que la mise en œuvre d'une

autorisation juridictionnelle n'est pas praticable compte tenu « de la nature de la menace terroriste contemporaine » et parce qu'elle ferait « gaspiller un temps précieux » et serait « contreproductive ». Le projet de loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme devrait toutefois remédier à cette absence de contrôle *a priori* puisqu'il prévoit que ces perquisitions administratives seront décidées par le préfet mais soumises à l'autorisation préalable du JLD du TGI de Paris et seront effectuées sous son contrôle<sup>[85]</sup>.

## B- Les outils d'enquêtes judiciaires

Les outils d'enquêtes judiciaires utilisés en matière de lutte contre le terrorisme ne sont pas nouveaux, puisque, par exemple, la garde à vue en matière de terrorisme a été instaurée par la loi du 9 septembre 1986 n°86-1020 relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'Etat. Toutefois, l'importance de l'enquête judiciaire et les arrêts récents de la Cour européenne sur cette phase de la procédure nécessitent de revenir sur la jurisprudence en la matière.

Comme que l'a précisé le Conseil constitutionnel dans une décision QPC du 30 juillet 2010<sup>[86]</sup>, la garde à vue est devenue en pratique la phase principale de constitution du dossier de procédure en vue du jugement de la personne mise en cause, y compris pour des faits complexes ou particulièrement graves. C'est d'ailleurs l'importance de l'enquête pour la préparation du procès et la vulnérabilité particulière de la personne dans cette phase de la procédure qui ont conduit la Cour de Strasbourg à développer une jurisprudence protectrice des droits de la défense pour la personne suspectée ou gardée à vue, en particulier à partir de l'arrêt *Salduz*<sup>[87]</sup> rendu justement dans une affaire de terrorisme. En effet, dans la jurisprudence strasbourgeoise, l'autonomie des notions d' « accusation » en « matière pénale »<sup>[88]</sup> fait remonter l'applicabilité de cet article et les garanties qui en découlent très amont de la phase judiciaire et, outre le droit à l'assistance de l'avocat<sup>[89]</sup>, elle a reconnu l'application, dès la phase d'enquête, du droit de se taire<sup>[90]</sup>, du droit à un interprète<sup>[91]</sup> ou du droit à être informé de ses droits, droit qu'elle a récemment consacré comme inhérent au droit de se taire et d'être assisté d'un avocat<sup>[92]</sup>. Dans le code de procédure pénale, la garde à vue en matière de terrorisme répond à un régime dérogatoire et permet d'allonger la garde à vue et de reporter l'intervention de l'avocat pendant une durée maximale de 72 heures (art. 706-88, alinéa 7 CPP). Cette intervention différée de l'avocat pouvait, de prime abord, sembler contraire à la jurisprudence *Salduz* puisque dans cet arrêt, la Cour pose le principe de l'intervention de l'avocat dès les premiers interrogatoires de police, même en présence de faits qualifiés de terrorisme, et estime, en l'espèce, que le droit d'accès à un avocat ne pouvait être différé. La Cour a cependant toujours considéré que le droit d'accès à un avocat n'était pas absolu, mais l'arrêt *Salduz* a marqué un durcissement des restrictions admissibles puisqu'à partir de cet arrêt elle exige des « raisons impérieuses » pour justifier une limitation de ce droit<sup>[93]</sup>. A la suite de cette affaire, la Cour va adopter une ligne jurisprudentielle très protectrice des droits de la défense en général et du droit à l'assistance d'un avocat en particulier en estimant que la violation de ce droit au stade de l'enquête porte une atteinte irrémédiable à l'équité du procès. Cette ligne jurisprudentielle est rompue par l'arrêt *Ibrahim*. Dans cet arrêt de Grande chambre<sup>[94]</sup>, qui se veut donc comme un arrêt de principe, la Cour tente de trouver un équilibre entre la nécessité de ne concéder « aucune dérogation » aux garanties de l'article 6 (§250) et celle de ne « pas appliquer l'article 6 d'une manière qui causerait aux autorités de police des difficultés excessives pour combattre par des mesures effectives le terrorisme et d'autres crimes graves (...) » (§252). Au final, néanmoins, les droits de la défense sortent fragilisés par cet arrêt dans lequel la Cour fait, pour la première fois, jouer l'exception au droit à l'assistance d'un avocat posée par l'arrêt *Salduz*. Délivrant une grille d'appréciation à l'attention des Etats, elle estime que cette exception suppose la vérification de deux critères : l'existence de raisons impérieuses justifiant une restriction aux droits de la défense et l'appréciation du préjudice causé par cette restriction. Elle précise que la restriction doit avoir un caractère temporaire, doit reposer sur une appréciation individuelle des circonstances et doit être encadrée par le droit interne. Toutefois, à la question de savoir si l'absence de raisons impérieuses emporte à elle seule la violation de l'article 6, elle tranche, de façon très contestable, par la négative. Elle estime néanmoins que, dans cette circonstance, le contrôle doit être strict et, renversant la charge de la preuve, considère que c'est à l'Etat de prouver que cette atteinte n'a pas porté une atteinte irrémédiable à l'équité globale du procès. De ce point de vue, l'arrêt *Ibrahim* constitue cependant un recul du droit à l'assistance d'un avocat<sup>[95]</sup> dans la mesure où l'absence de raisons impérieuses de différer l'accès à l'avocat n'emporte plus automatiquement la violation de l'article 6.

La possibilité de différer l'accès à l'avocat ne soulève donc pas de difficultés au regard des exigences strasbourgeoises, ni même constitutionnelles, puisque le Conseil constitutionnel a déclaré conforme à la

Constitution les dispositions relatives aux procédures spéciales qui permettent de différer l'accès à un avocat<sup>[96]</sup>. Il faut d'ailleurs souligner, qu'en droit français, ce report est encadré par des conditions strictes. Ajoutons également que le Conseil a estimé que la possibilité de restreindre le choix de l'avocat lors d'une garde à vue en matière de terrorisme n'était pas assortie dans la loi du 14 février 2011 de conditions suffisamment précises et a déclaré la disposition en question comme inconstitutionnelle par une décision du 17 février 2012<sup>[97]</sup>. La Cour européenne retient une approche comparable en exigeant « des motifs pertinents et suffisants » pour justifier cette restriction au libre choix de son avocat<sup>[98]</sup>.

S'agissant du droit du gardé à vue de communiquer avec un tiers, exigence posée par la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013 et qui est transposée dans la loi du 3 juin 2016 (art.63), elle est également assortie d'un mécanisme de report lorsqu'il apparaît « indispensable afin de permettre le recueil ou la conservation des preuves ou de prévenir une atteinte grave à la vie, à la liberté ou à l'intégrité physique d'une personne ». Toutefois, ce report ne peut dépasser 48 heures en cas de demande de communication avec les autorités consulaires et l'officier de police judiciaire peut lui-même, sous certaines conditions, autoriser la personne gardée à vue à communiquer avec un tiers. Reste la question de l'accès restreint aux pièces du dossier pendant la garde à vue. En effet, même après la réforme de la garde à vue, la loi du 14 avril 2011 ne prévoit pas l'accès de l'avocat à l'intégralité du dossier ; il ne peut consulter que les documents relatifs au déroulement de la garde à vue et aux procès-verbaux d'audition de son client, ce qui a suscité de nombreuses critiques au regard de l'effectivité des droits de la défense. L'accès restreint au dossier paraît cependant validé par la Cour de Strasbourg dans l'arrêt *A.T contre Luxembourg*<sup>[99]</sup>, dans lequel elle estime que « l'article 6 de la Convention ne saurait être interprété comme garantissant un accès illimité au dossier pénal dès avant le premier interrogatoire par le juge d'instruction, lorsque les autorités nationales disposent de raisons relatives à la protection des intérêts de la justice suffisantes pour ne pas mettre en échec l'efficacité des investigations ». Elle conclut à l'effectivité de l'assistance de l'avocat en dépit du défaut d'accès au dossier avant les interrogatoires de la police. Au regard notamment de l'arrêt *Ibrahim*, on peut sans difficulté imaginer que cette solution rendue dans une affaire qui ne concernait pas des faits de terrorisme est d'autant plus transposable dans un contexte qui concernerait de tels faits.

Dans l'attente des arrêts que rendra la Cour dans les mois et années à venir et sous réserve des nouvelles orientations que prendra alors peut-être sa jurisprudence, on peut considérer que les outils législatifs utilisés en matière de lutte contre le terrorisme ne soulève globalement pas de problème de conventionnalité du point de vue des garanties procédurales, d'autant qu'il y a un net recul de ces garanties dans la jurisprudence européenne récente, en particulier, s'agissant des droits de la défense. En revanche, sur le terrain des droits substantiels, il semble que la législation actuelle puisse soulever un certain nombre de difficultés, notamment concernant la conciliation entre les mesures de surveillance et le droit au respect de la vie privée.

25 août 2017

[1] Cet article est issu de notre contribution aux journées Cambacérès organisées à Montpellier le 29 juin 2017 sur le thème *Mutations du droit pénal, entre affirmation de valeurs et protection des libertés ?*, journées dont les actes seront publiés aux Presses universitaires de Montpellier.

[2] Cour EDH, 1<sup>er</sup> juillet 1961, n° n°332/57, *Lawless c/ Irlande* n°3.

[3] P. Wachsmann, « Contrôle des mesures prises au titre de l'état d'urgence et Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2016, p.2425.

[4] Cour EDH, GC, 19 février 2009, n°3455/05, *A c/ Royaume-Uni*, §184 ; F. Sudre (Dir), *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme (GACEDH)*, PUF, 8<sup>ème</sup> éd., 2017, n°8.

[5] Préc.

[6] Voy. sur ce projet de loi l'avis du Conseil d'Etat, CE, avis, 15 juin 2017, n°393347.

[7] Cour EDH, *A. c/ Royaume-Uni*, préc.

[8] C. LAZERGES, « Politique criminelle, renseignement et droits de l'homme », *Rev. sc. crim.*, 2015, p.761 ; N.

CATELAN, « Les nouveaux textes relatifs au renseignement : un moindre mal », *Rev. sc. crim.*, 2015, p.922 ; X. LATOUR, « La loi relative au renseignement : un Etat de surveillance ? », *JCP A*, 2015, n°2286.

[9] Entretien avec P. Spinosi, *Gaz. Pal.*, 2015, n°303-304, p. 5.

[10] Cour EDH, communication, 26 avril 2017, n°49526/15, *Association confraternelle de la presse judiciaire c/ France* et 11 autres requêtes.

[11] Cour EDH, 20 octobre 2015, n°5201/11, *Sher c/ Royaume-Uni*.

[12] Voy. notre contribution « Le droit de la CEDH et lutte contre le terrorisme : la sécurité au prix de la liberté ? », in X. Dupré de Boulois, S. Milleville, R. Tinière (Dir.), *Le droit des libertés en question*, site internet de la *Revue des droits et libertés fondamentaux*.

[13] Voy. l'avis du Conseil d'Etat sur ce texte, CE, Ass., Avis, 15 juin 2017, n°393348.

[14] O. BOT, « Prorogation de l'état d'urgence et mesures de lutte contre le terrorisme » *AJDA*, 2016, p.1914.

[15] R. OLLARD, O. DESAULNAY, « La réforme de la législation anti-terroriste ou le règne de l'exception pérenne », *Dr. pénal*, 2015, étude n°1.

[16] Voy. les actes du colloque K. Blay-Grabarczyk et L. Milano (Dir.), *Le nouveau cadre législatif de la lutte contre le terrorisme à l'épreuve des droits fondamentaux*, collection « Colloques & Essais », Institut universitaire Varennes, LGDJ Lextenso, à paraître en 2017.

[17] E. DUPIC, « La loi n°2016-731 du 3 juin 2016, renforçant la lutte contre le crime organisé et le terrorisme, Perben III de la procédure pénale française ? », *Gaz. Pal.*, 2016, n°22, p.12 ; J. BUISSON, « Parution du nouvel arsenal de lutte contre le terrorisme », *Procédures*, 2016, comm. n°239.

[18] Y. MAYAUD, « L'état d'urgence récupéré par le droit commun ? Ou de l'état d'urgence à l'état de confusion ! », *JCP G*, 2016, doct. n°344.

[19] Voy. l'avis très critique rendu par la CNCDH à propos de ce projet de loi le 6 juillet 2017.

[20] Loi n°2015-1501 du 20 novembre 2015 prorogeant l'application de la loi 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions.

[21] Voy. Avis du Défenseur des droits du 12 février 2016 n°16-04 ; Avis de la Commission nationale consultative des droits de l'homme CNCDH du 17 mars 2016.

[22] Voy. art. L.225-2 du Code de la sécurité intérieure qui précise que la résidence dans le périmètre géographique déterminé doit permettre à la personne concernée « de poursuivre une vie familiale et professionnelle normale », voy. également les garanties en terme de durée de l'AAR.

[23] K. Blay-Grabarczyk, « Les assignations à résidence », in K. Blay-Grabarczyk et L. Milano (Dir.) *Le nouveau cadre législatif de la lutte contre le terrorisme à l'épreuve des droits fondamentaux*, préc..

[24] CE, 11 déc. 2015, *Domenjoud*, n°395009, pt. 24 ; Concl. X. Domino, *RFDA* 2016, p. 105.

[25] CC, 22 décembre 2015, n°2015-527 QPC, *M. Cédric D.* ; *RFDA* 2016, p. 123, obs. A. Roblot-Troizier.

[26] Le Conseil d'Etat dans la décision *Domenjoud*, préc., a posé une présomption d'urgence dans le cadre du référé-liberté, présomption codifiée par la loi du 21/07/2016 modifiant la loi de 1955 relative à l'état d'urgence. Possibilité également de contester ces mesures d'assignation dans le cadre du REP.

[27] CC, 22 décembre 2015, préc.

[28] CC, 16 mars 2017, n°2017-524 QPC, *Sofiyani I* ; Voy. P. Cassia, « Le Conseil constitutionnel fait et défait le régime du renouvellement des assignations à résidence de longue durée de l'état d'urgence », *D.*, 2017, p.1162.

[29] Le comportement de la personne doit constituer une menace d'une « particulière gravité pour l'ordre public », l'administration doit produire de nouveaux éléments, la durée totale de l'assignation doit être prise en compte, sous peine que l'assignation constitue une atteinte excessive à la liberté d'aller et venir.

[30] Cour EDH, GC, 5 juillet 2016, n°23755/07, *Buzadji c/ Moldovie* ; *JCP G*, 2016, n°895, actu. K. Blay-Grabarczyk.

[31] Cour EDH, GC, 23 février 2017, n°43395/09, *De Tommaso c/ Italie* ; *JCP G*, 2017, n°249, actu. K. Blay-Grabarczyk.

[32] Cour EDH, 24 juin 1982, n°7906/77, *Van Droogenbroeck c/ Belgique*, §38.

[33] Cour EDH, 6 novembre 1980, n°7367/76, *Guzzardi c/ Italie*, §§92-93 ; Cour EDH, *De Tommaso*, préc., §80.

[34] K. Blay-Grabarczyk, « Les assignations à résidence », préc.

[35] Cour EDH, *De Tommaso*, préc., §§124-125.

[36] Voy. les critiques émises par la CNCDH, Avis du 6 juillet 2017.

[37] CE, avis, 15 juin 2017, préc.

[38] *Ibidem*.

[39] Voy. not. H. Matsopoulou, « Les nouveaux moyens de preuve au service de la criminalité organisée », *JCP G*, 2016.707 ; E. De Marco, « La captation des données », in *Le nouveau cadre législatif de la lutte contre le terrorisme à l'épreuve des droits fondamentaux*, préc.

[40] Loi du 9 mars 2004, n°2004-204, portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

[41] Décret du 24 décembre 2014, n°2014-1576 ; Entretien L. MILANO *D.*, 2015, p.616.

[42] Sur ce sujet voy. la contribution d'E. DE MARCO, préc.

[43] Cour EDH, 9 septembre 1978, n°5029/71, *Klass c/ Allemagne*.

[44] Cour EDH, GC, 4 décembre 2015, n°47143/06, *Zakharov c/ Russie* ; *GACEDH*, préc., n°40 ; Chron. F. SUDRE, *JCP G*, 2016, n°65.

[45] Pour une application dans un contexte de lutte contre le terrorisme, Cour EDH, 12 janvier 2016, n°37138/14, *Szabo et Vissy c/ Hongrie* ; *JCP G*, 2016.93, actu. A. Schahmaneche.

[46] Cour EDH, 2 septembre 2010, n°35623/05, *Uzun c/ Allemagne* ; Note H. Matsopoulou, *D.*, 2011, n°724.

[47] Par ex. Cour EDH, 2 août 1984, n°8691/79, *Malone c/ Royaume-Uni*, §67 ; Cour EDH, 18 mai 2010, n°26839/05, *Kennedy c/ Royaume-Uni*, §152.

[48] Grille élaborée dans l'arrêt Cour EDH, *Zakharov*, préc. relatif à l'interception secrète de communications de téléphonie mobile mais qui ne concernait pas spécifiquement la lutte contre le terrorisme, grille qu'elle a ensuite appliquée dans l'arrêt Cour EDH, *Szabo et Vissy*, préc. qui lui concernait la lutte contre le terrorisme.

[49] Préc.

[50] Cour EDH, *Szabo et Vissy*, préc., §73.

[51] En ce sens Cour EDH, *Sher*, préc..

[52] Cour EDH, *Klass c/ Allemagne*, préc. ; Cour EDH, *Zakharov*, préc. ; Cour EDH, *Szabo et Vissy*, préc. ; sur ce sujet voy. K. Blay-Grabarczyk, « Surveillance secrète, visites domiciliaires et autres intrusions des pouvoirs publics dans la vie privée », *RDP*, 2016, p. 1022 ; F. DUBUISSON, « La Cour EDH et la surveillance de masse », *RTDH*, 2016, p.855.

[53] C.C, 21 oct. 2016, n°2016-590 QPC, *La Quadrature du Net et autres* ; Comm. J.H ROBERT, *Droit pénal*, 2016.174.

[54] Voy. par ex. Cour EDH, 3 septembre 2015, n°27013/10, *Sérvulo & Associados c/ Portugal*, §100.

[55] Cour EDH, 25 mars 1998, n°23224/94, *Kopp c/ Suisse*, §73.

[56] N. CATELAN, « La CNCTR : vivre et laisser mourir le contrôle du renseignement ? », in *Le nouveau cadre législatif de la lutte contre le terrorisme à l'épreuve des droits fondamentaux*, préc.

[57] Art. L. 833-4 CSI.

[58] Le recours devant le Conseil d'Etat procède de la même logique, *vinfra* les premières décisions rendues en octobre 2016.

[59] Cour EDH, *Zakharov c/ Russie*, préc., §298.

[60] Voy. Cour EDH, *Klass*, préc., §56 ; Cour EDH, 18 mai 2010, n° 26839/05, *Kennedy c/ Royaume-Uni*, §166.

[61] *Ibidem*.

[62] Voy. CJA, livre VII, chapitre III bis.

[63] Cette procédure a été déclarée conforme à la Constitution car ménageant un juste équilibre entre le droit à un procès équitable et le principe du contradictoire d'une part, et les exigences constitutionnelles inhérentes à la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation, d'autre part, C.C., 23 juillet 2015, 2015-713 DC.

[64] La nouvelle rédaction de l'article L5 du CJA, telle qu'issue de la loi du 28 février 2017 n°2017-258, s'adapte d'ailleurs à ces nouvelles réalités en prévoyant que « L'instruction des affaires est contradictoire. Les exigences de la contradiction sont adaptées à celles de l'urgence, du secret de la défense nationale et de la protection de la sécurité des personnes ».

[65] Notamment CE, 19 octobre 2016, n°400688, n°397623, n°396958 ; *JCP G*, 2016.1199, *Aperçu X. Latour*.

[66] Entre autres CE, 7 décembre 2016, n°396566 ; CE, 23 décembre 2016, n°396557.

[67] Cour EDH, 18 février 1997, n°18990/91, *Nideröst-Huber c/ Suisse*, §24.

[68] Cour EDH, GC, 13 septembre 2016, n°50541/08, *Ibrahim c/ Royaume-Uni* ; *JCP G*, 2016.1010, actu. L. Milano ; Cour EDH 23 mai 2017, n°67496/10, *Van Wesenbeeck c/ Belgique* ; *JCP G*, 2017.653, actu. L. Milano

[69] Voy. not. Cour EDH, 20 octobre 2015, n°5201/11, *Sher c/ Royaume-Uni*, rendu dans une affaire de terrorisme, la Cour estime que l'article 5 §4 ne fait pas obstacle à la tenue d'une audience à huit clos, en l'absence du détenu ou de son avocat, audience consacrée à la présentation de sources d'informations confidentielles ; Sous l'angle de l'article 6, voy. Cour EDH, 26 novembre 2015, n°35289/11, *Regner c/ République Tchèque*, §§72 et ss.

[70] Elle pourrait tout aussi bien figurer dans la catégorie des mesures de prévention.

[71] Avis du Défenseur des droits du 12 février 2016 n°16-04.

[72] Avis de la CNCDH du 17 mars 2016.

[73] Voy. notre contribution « Les implications sur les droits de la défense », in *Le nouveau cadre législatif de la lutte contre le terrorisme à l'épreuve des droits fondamentaux*, préc.

[74] Cour EDH, *Ibrahim*, préc., §296.

[75] Cour EDH, GC, 23 mars 2016, n°47152/06, *Blokhin c/ Russie*, §219.

[76] C.C, 19 février 2016, n°2016-536 QPC, *Ligue des droits de l'homme*; L. DOMINGO, « L'état d'urgence devant le Conseil constitutionnel », *Constitutions*, 2016, p.100.

[77] CE, Avis, 6 juillet 2016, n°398234 ; Chron. L. Dutheillet de Lamothe, G. ODINET, *AJDA*, 2016, p.1635 ; G. EVEILLARD, *Dr. adm.*, 2016, comm. n°58.

[78] C.C, 19 février 2016, n°2016-536 QPC, préc.

[79] Cass. crim., 23 novembre 2016, n°15-83.649 ; Note J. PRADEL, *JCP G*, 2017, n°82.

[80] CE, Domenjoud, préc.

[81] C.C, 19 février 2016, préc.

[82] Cass. crim., 13 déc. 2016, n° 16-82.176, n° 16-84.162, n° 16-84.794 ; Note TH. HERRAN, M. LACAZE *J pénal*, 2017, p. 30 ; Note J. PRADEL, *D.*, 2017, p. 275. Dans le même sens Cass. crim., 28 mars 2017, n° 16-85.073, n° 16-85.072 ; Note J.B. PERRIER, *JCP G*, 2017, n°473.

[83] Cour EDH, 20 octobre 2015, *Sher*, préc., §174.

[84] Cour EDH, 12 janvier 2016, *Szabo et Vissy*, préc., §80.

[85] Ce qui constitue une avancée mais ne résout pas toutes les difficultés engendrées par ces visites, voy. en ce sens l'avis de la CNCDH du 6 juillet 2017, p.9.

[86] CC., QPC n°14/22, 30 juillet 2010, *Daniel W et autres*, cons. 16 ; N. CATELAN, « La constitutionnalité à géométrie variable des régimes de garde à vue », *RFDC*, 2011, p.99 ; B. DE LAMY, « L'avancée des garanties en matière de garde à vue ou la consécration d'un basculement de la procédure pénale vers la phase policière ? », *Rev. sc. crim.*, 2011, p.165.

[87] Cour EDH, GC, 27 novembre 2008, n°36391/02, *Salduz c/ Turquie*, §54 ; *GACEDH* n°35.

[88] Voy. *GACEDH*, n°25.

[89] Cour EDH, *Salduz*, *op. cit.*

[90] Par ex. Cour EDH, 24 octobre 2013, n°62880/11, *Navone c/ Monaco* ; Obs. L. MILANO, *RDP*, 2014, p.801.

[91] Cour EDH, 14 octobre 2014, n°45440/04, *Baytar c/ Turquie* ; *JCP G*, 2014, L. MILANO, actu n°1158.

[92] Cour EDH, *Ibrahim*, *op. cit.*, §272.

[93] Dans la jurisprudence antérieure, elle exigeait seulement «des raisons valables », voy. Cour EDH, 8 février 1996, n°18731/91, *John Murray c/ Royaume-Uni* ; Chron. F. SUDRE, *JCP G*, 1997, I 4000.

[94] Cour EDH, GC, 13 septembre 2016, *Ibrahim*, préc.



[95] Le contrôle opéré par la Cour dans l'arrêt Cour EDH, GC, 12 mai 2017, n°21980/04, *Simeonovi c/ Bulgarie*, dans une affaire ne concernant pas le terrorisme, confirme une régression de la protection des droits de la défense dans la jurisprudence de la Cour ; voy. *JCP G*, 2017, L. MILANO, actu n°578.

[96] CC, QPC n°2014-428, 21 novembre 2014, *Nadav B*, cons. 9 ; J.B. PERRIER, « Criminalité organisée : constitutionnalité du report de l'intervention de l'avocat lors de la garde à vue », *AJ pénal*, 2015, p.100.

[97] CC, QPC n°2011-223, 17 février 2012, *Ordre des avocats du Barreau de Bastia* ; A.S. CHAVENT-LECLERE, « L'inconstitutionnalité de la garde à vue en matière de terrorisme relativement à la désignation imposée de l'avocat », *Procédures*, 2012, p.27.

[98] Cour EDH, GC, 20 octobre 2015, n°25703/11, *Dvorski c/ Croatie*.

[99] Cour EDH, 9 avril 2015, n°30460/13, *A. T. c/ Luxembourg*, §81.

Laure Milano, «La conventionnalité de la législation anti-terroriste française»  
RDLF 2017, chron. n°28 ([www.revuedf.com](http://www.revuedf.com))