



UNION SYNDICALE DES MAGISTRATS

18 rue de la Grange Batelière - 75009 PARIS

Tél : 01.43.54.21.26

contact@union-syndicale-magistrats.org

www.union-syndicale-magistrats.org

Paris, le 05 mars 2021

Intervention de l'USM devant le Conseil d'Etat : Les états d'urgence

L'Union Syndicale des Magistrats est le syndicat le plus représentatif des magistrats de l'ordre judiciaire (64% des voix aux élections à la commission d'avancement en 2019).

Elle s'interdit tout engagement politique et a pour objet d'assurer l'indépendance de la fonction judiciaire, garantie essentielle des droits et libertés du citoyen, de défendre les intérêts moraux et matériels des magistrats de l'ordre judiciaire et de contribuer au progrès du droit et des institutions judiciaires, afin de promouvoir une justice accessible, efficace et humaine.

PLAN :

INTRODUCTION – p. 1/2

I – ADAPTATION DE LA REPONSE REPRESSIVE – p. 2/6

1-1 – Multiplication des infractions obstacles et accroissement de l'action des services de renseignement

1-2 – Création de législations et de juridictions spécialisées

1-3 – Recours aux législations d'exception ou à des législations dérivées de celles-ci intégrées dans le droit commun

II – CHAMP D'INTERVENTION DES ORDRES DE JURIDICTION – p. 6/9

2-1 – Critère de l'article 66 de la constitution du 4 octobre 1958, évolution de son champ d'application

2-2 - Distinction traditionnelle acte de police administrative/judiciaire

2-3 – Affaiblissement de ce critère de distinction

III – EXERCICE PAR L'AUTORITE JUDICIAIRE DE SON OFFICE EN PERIODE D'ETAT D'URGENCE – p. 9/13

3-1 – De manière générale

3-2 – Rôle spécifique de la Cour de Cassation

Notre pays a connu ces dernières années une succession de plus en plus rapide de situations d'états d'urgence alors que, paradoxalement, il est en paix depuis plusieurs décennies.

Ainsi, ce régime juridique initialement conçu pour faire face aux « événements » d'Algérie (1955) a de nouveau été activé dans le contexte d'un autre territoire d'outre-mer engagé dans une démarche d'émancipation (Nouvelle Calédonie - 1984 et 1988-) puis, dans le contexte très différent d'émeutes

urbaines dans les banlieues métropolitaines (2005), avant d'être réactivé lors de la vague d'attentats terroristes islamistes, projetés depuis l'Etat Islamique syro-irakien (2015-2017), et enfin pour faire face à la pandémie mondiale de la COVID-19 (2020- ?).

Par nature, l'état d'urgence est un régime dérogatoire du droit commun et attentatoire aux libertés publiques dans l'optique, à priori paradoxale, de leur conservation à plus long terme. Depuis l'Antiquité romaine, ce régime politique extraordinaire a toujours été conçu comme temporaire, strictement limité au laps de temps nécessaire à la résolution de la situation de crise l'ayant justifié.

Des précédents événements, terroristes ou sanitaires, avaient pourtant été gérés dans le cadre de la législation de droit commun.

Cependant, la nécessité d'apporter des réponses immédiates et efficaces conjuguée à l'impérieuse obligation, pour le politique, dans un monde de « communication globale » de communiquer sur la mise en œuvre de telles mesures, ainsi que la sacralisation du principe de précaution, ont abouti à un double mouvement :

- La spécialisation du droit, processuel et de fond, ainsi que des services, administratifs et judiciaires, chargés de traiter ces matières ;
- L'élaboration et la mise en œuvre de « législations dérivées » des états d'urgence, en transposant dans le droit commun, de façon plus ou moins pérenne, certains outils juridiques propres aux états d'urgence pour faire face à une menace perçue non plus comme exceptionnelle mais permanente (ex. Loi « SILT »).

Pour paraphraser le titre de l'ouvrage célèbre de François Mitterrand, serions-nous passé du « coup d'Etat permanent » aux « états d'urgence permanents », qu'ils soient autonomes ou dérivés et fondus dans le droit commun ?

Quelle que soit leur nature, les états d'urgence limitent de façon ciblée (*militants politiques, émeutiers, terroristes/radicalisés religieux*) ou massive (*l'ensemble de la population ou les populations considérées comme « fragiles à risque »*) nos libertés individuelles ou collectives.

Dès lors, se pose la problématique, très française, de la compétence de chaque ordre de juridiction pour apprécier et, au besoin, encadrer ces législations d'exception en les cantonnant au strict nécessaire. Rémi KELLER, conseiller d'Etat écrivait en 2016 (in « la mission constitutionnelle de l'autorité judiciaire ») : « *aujourd'hui, l'idée qu'un juge ait le monopole de la défense des libertés n'a aucun sens, elle est même dangereuse : la défense des libertés, c'est le patrimoine commun des juges, ainsi bien judiciaires qu'administratifs – et, bien sûr, du juge constitutionnel* ».

Pour autant, pour que ce contrôle s'exerce utilement, il faut d'une part que le champ d'intervention de chaque ordre juridictionnel soit clairement défini et, d'autre part, que les moyens soient donnés par le politique à l'autorité judiciaire, largement entendue, pour exercer efficacement sa mission.

Cette nécessaire action de régulation du juge soulève trop régulièrement, en France, la critique récurrente « d'un gouvernement des juges ». Selon les auteurs de ces critiques, les juges appliqueraient la norme votée par la représentation nationale en l'interprétant à l'aune de leur propre subjectivité, voire de leurs convictions ou intérêts, et par là-même la trahiraient. En soumettant la norme, ainsi que les actes individuels en découlant, au prisme de la constitutionnalité, de la conventionnalité, des grands principes du droit (contradictoire, proportionnalité, accès au juge...), les

juges judiciaires, administratifs ou constitutionnels empièteraient sur les compétences des pouvoirs exécutif et législatif.

Cette critique est d'autant plus virulente en période de crise, peu propice à la modération. La maxime de Saint-Just « pas de liberté pour les ennemis de la liberté » reprend alors toute sa vigueur la « patrie étant en danger ». L'exigence de légalité et de rigueur juridique est alors perçue comme un « juridisme hors sol », profitant aux ennemis de la République.

Or, comme le rappelle justement le professeur Dominique ROUSSEAU, « *juger n'est pas une opération mécanique d'application de la loi mais un travail d'interprétation des mots qui, nécessairement, fait participer le juge à la fabrication pratique des règles ; il est le législateur particulier quand le parlement est le législateur général* » (in tribune « Tout le pouvoir aux juges », Libération du 21/01/2021).

1 – Adaptation de la réponse répressive :

La menace contre laquelle il s'agit de lutter est perçue comme nécessitant des outils plus efficaces que ceux du droit commun, lequel est réputé trop protecteur des libertés individuelles derrière lesquelles les « *ennemis* » de la nation, qu'ils soient êtres humains ou entités virales qualifiées par anthropomorphisme guerrier « d'intelligentes ou diaboliques », se cacheraient opportunément.

1-1 – Multiplication d'infractions obstacles et développement de l'action des services de renseignement

La lutte contre ces menaces, particulièrement la menace terroriste, est conçue comme une lutte en amont de la réalisation de l'infraction grâce à l'action des services de renseignement, et donc par une action de police administrative à visée préventive ou neutralisatrice (judiciarisation du renseignement, assignation, fermeture de certains lieux de prosélytisme, couvre-feu, interdiction de déplacement...). De la même façon, la réponse à la menace épidémique est conçue comme une stratégie prophylactique grâce aux progrès de la recherche scientifique (vaccination) alliés à des mesures de police sanitaire (couvre-feu, septaine, confinement, fermeture des frontières).

A ce titre, le code de la sécurité intérieure, encore inconnu des étudiants et des juristes il y a quelques années, prend une place de plus en plus importante dans la déclinaison des stratégies gouvernementales. La plupart des mesures phares y sont consignées (comme les dispositions de la loi « SILT » ou nombre de dispositions de la proposition de loi dite de « Sécurité Globale »).

Parallèlement, dans le champ judiciaire, on assiste à la multiplication des « infractions obstacles », lesquelles permettent de remonter de plus en plus en amont sur « l'iter criminis » en permettant de judiciariser les actes préparatoires à l'infraction, et ce avant tout passage à l'acte. En droit positif, existent déjà les infractions d'association de malfaiteurs -de droit commun ou terroristes- les menaces, le port d'armes prohibées, la conduite en état alcoolique...

A titre d'exemple, la jurisprudence a rapidement estimé, après les attentats terroristes de 2015, que nul ne pouvait plus ignorer le caractère terroriste de l'organisation Etat Islamique et que tout soutien, de quelque nature qu'il soit portant même sur l'envoi de quelques centaines d'euros à un proche parti au « Shâm » devait s'analyser comme un financement d'une organisation terroriste. Il en a été de même des tentatives d'émigration au « Shâm » qui n'était plus considéré comme une terre promise, mais comme la base arrière d'actions terroristes en Europe.

Dans ce contexte, on assiste à une réelle interpénétration du travail des services de renseignement et des services judiciaires, chacun venant puiser de la matière dans l'activité de l'autre.

Ainsi se pose la délicate problématique de la judiciarisation du renseignement. La jurisprudence, tant administrative que judiciaire, a admis la légalité comme élément de procédure et leur recevabilité à titre probatoire des « notes blanches » des services de renseignement. De la même manière, « l'habillage procédural » du renseignement sous forme d'un article 41 du CPP, est souvent porté par un service autre que le service ayant capté et recoupé le renseignement. Il en a été de même s'agissant de l'exploitation, par le renseignement, d'éléments obtenus dans un cadre judiciaire, comme l'exploitation à des fins de renseignement de matériels (souvent informatiques) saisis, de façon large, dans le cadre de procédures judiciaires et traité par des services à la « double casquette », renseignement et judiciaire.

Le risque est celui d'une société orwellienne de type « Minority report » (film d'anticipation réalisé par Steven Spielberg, sorti en 2002, d'après l'œuvre originale de Philip.K.Dick) voyant se multiplier la criminalisation de mises en danger ou d'actes préparatoires de plus en plus éloignés de l'infraction, ne laissant guère de place au désistement ou au repentir actif. Ce type d'infraction, fondé sur des éléments tenant pour partie de l'interprétatif et du subjectif, ouvre le champ à des débats judiciaires complexes, notamment au niveau probatoire et intentionnel.

La tentation est grande pour les responsables politiques, à la recherche continuelle de « trous dans la raquette », réels ou fantasmés -ce terme refaisant surface à chaque attentat ou fait divers défrayant la chronique-, de créer toujours davantage de textes, de procédures dérogatoires ou d'incriminations nouvelles. (Cf. sur ce sujet la tribune de Mme Mireille DELMAS-MARTY, parue le 1^{er} mars 2021 dans le journal le Monde : « *Le rêve de perfection transforme nos Etats de droit en Etats policiers* »)

Un exemple récent et significatif est celui tiré de l'infraction correctionnelle, sans doute mort-née, de l'article 24 de la proposition de loi « Sécurité Globale ».

A l'occasion des vifs débats suscités par ce texte s'est posée la question de sa nature. S'agit-il d'une « infraction de résultat », nécessitant outre la capture d'images leur diffusion avec une volonté de nuire ou bien d'une « infraction obstacle » permettant aux membres des forces de sécurité intérieure (FSI), avant toute diffusion objectivée, d'interrompre la captation d'images, pourtant en principe autorisée dans les lieux publics, au motif de vérifier qu'elles n'étaient pas diffusées concomitamment à leur enregistrement.

Un tel raisonnement aurait pu dès lors justifier des actions préventives visant à empêcher les tiers, qu'ils soient badauds, militants, syndicalistes voire journalistes, de filmer l'action des FSI sur la voie publique, étant rappelé que, dans un lieu privé, il existe déjà une incrimination et que, dans un lieu public, il est déjà interdit de diffuser les éléments permettant l'identification d'un certain nombre de fonctionnaires relevant de services spécialisés limitativement énumérés (art. 39 sexties de la Loi du 29 juillet 1881 et arrêté du 7 avril 2011).

1-2 – La création de législations et de juridictions spécialisées :

Depuis le milieu des années 80, la France a fait le choix de développer, pour faire face à une menace terroriste qui n'a jamais complètement disparu, une législation spécifique cependant intégrée au droit commun et ne constituant pas, comme telle, une législation d'exception ou d'urgence. Ainsi ont été créés à Paris une juridiction d'instruction spécialisée en matière d'anti-terrorisme, une section

spécialisée du parquet parisien, devenu un parquet national à part entière, des juridictions de jugement uniquement composées de magistrats spécialisés et professionnels, des juges des libertés et de la détention spécialisés, des juges de l'application des peines spécialisés... La pratique a aussi, de fait, spécialisé des juges des enfants chargés de la prise en charge éducative de mineurs rapatriés du « Shâm ».

Dernier avatar, la loi du 27 juillet 2020 a instauré des mesures de sûreté à l'issue de leur peine à l'encontre des auteurs d'infractions terroristes, dispositions largement déclarées inconstitutionnelles par le Conseil Constitutionnel (DC 2020-805).

Mais cette hyperspécialisation, gage d'efficacité, n'est pas toujours apparue suffisante au politique pour faire face à la gravité de certaines menaces perçues comme « globales ».

1-3 -Le recours aux législations d'exception (Etat d'urgence) ou dérivées des législations d'exception :

Outre la loi du 20 novembre 2015 sur l'état d'urgence terroriste, plusieurs lois sont intervenues dans ce domaine :

- Loi du 30 octobre 2017, dite « SILT », mettant en œuvre dans le droit commun des outils juridiques directement issus de la législation anti-terroriste (périmètres de sécurité, mesures de MICAS, fermeture administrative de lieux de cultes, perquisitions administratives), pour une durée provisoire de deux ans. Ces dispositions temporaires ont été finalement prolongées de quelques mois à la fin de l'année 2020, après un débat parlementaire sur la nécessité de les pérenniser dès à présent, et au vu d'arguments gouvernementaux notamment tirés de retours d'expérience, par nature invérifiables car relevant du renseignement et, dès lors, couverts par le secret défense ;
- Loi du 10 avril 2019 dite « anticasseurs » visant à renforcer et garantir le maintien de l'ordre public lors des manifestations (fouilles de personnes et de véhicules sur réquisitions du procureur de la République sur les lieux d'une manifestation sur la voie publique, délit de dissimulation volontaire du visage sans motif légitime au sein/abords d'une manifestation, peine complémentaire élargie d'interdiction de participation à une manifestation), étant rappelé que le Conseil Constitutionnel a écarté la disposition instituant l'interdiction administrative (préfecturale) de participer à une manifestation (DC 2019-780) ;
- Lois du 23 mars 2020, du 14 novembre 2020 et du 15 février 2021 sur l'état d'urgence sanitaire et leurs décrets d'application en matière de justice notamment sur la publicité, le principe du contradictoire, les délais de procédure ou d'audiencement et créant une infraction spécifique aux fins de faire respecter l'obligation de confinement ;
- Proposition de loi N°3452 (« *sécurité globale* ») et projet de loi N° 3649 (« *renforçant les principes républicains* ») créant de nouvelles infractions, donnant un rôle accru aux polices municipales et aux sociétés de sécurité privée, notamment sur la gestion des périmètres de sécurité de la loi SILT, dans la perspective d'un « *continuum de sécurité* », faisant l'objet de vifs débats et de manifestations sur la voie publique avant même d'être votés et soumis au contrôle du juge constitutionnel.

L'action du juge constitutionnel, censurant partiellement le législateur à plusieurs reprises, apparaît essentiel. Ce rôle de garde-fou constitutionnel a d'ailleurs été vertement critiqué par certains

responsables politiques reprochant à cette haute juridiction de vouloir se substituer à la volonté du législateur (Cf. déclarations maire de Nice, Christian Estrosi, « voulant sortir des lois de paix » et du député des alpes maritimes, Éric Ciotti critiquant « l'irresponsabilité » du conseil constitutionnel ayant invalidé les dispositions de la loi, votée à la quasi-unanimité, la loi du 27 juillet 2020 instaurant des mesures de sûreté à l'encontre des auteurs d'infractions terroristes à l'issue de leur peine – *in* Huffington Post, « Attentat de Nice » du 30/10/2021).

Il convient d'observer que ces lois consacrent un basculement entre un (relativement) petit nombre de personnes concernées (les terroristes, ceux mis en examen ou condamnés de ce chef et individus radicalisés, recensés notamment dans le FSPRT, et suivis, plus ou moins activement par les services de renseignement), et l'ensemble de la population s'agissant de la crise sanitaire et, demain, des effets annoncés de la crise climatique.

Le régime d'exception passe ainsi de quelques-uns à tout le monde. Il s'agit d'une véritable mutation sociétale dans laquelle on passe d'infractions commises ou susceptibles d'être commises par un petit nombre de « militants » ou de « combattants » fanatisés à l'infraction de « M. tout le monde » lequel ne respecte pas, par négligence, fatigue ou conviction les impératifs sanitaires et devient, ipso facto, le complice ou le vecteur de l'ennemi viral.

Dès lors que ces mesures restrictives concernent l'ensemble de nos concitoyens, l'exigence sociétale s'agissant d'un contrôle judiciaire effectif de ces mesures est nécessairement renforcée.

L'absence d'un contrôle judiciaire effectif ne peut qu'avoir comme conséquence, faute pour nos concitoyens d'être entendus ou d'avoir un lieu d'expression et de débat contradictoire, l'émergence d'actions revendicatives, souvent émaillées de violences, s'exprimant sur la voie publique.

2 – Champ d'intervention des ordres juridictionnels : la frontière traditionnelle police administrative/police judiciaire de plus en plus floue

L'ensemble des acteurs des ordres de juridictions concernés est appelé à connaître de ces problématiques. Encore faut-il déterminer les frontières de leur domaine d'intervention compte tenu de la spécificité française de distinguer la justice judiciaire, administrative, financière et désormais, surtout depuis la réforme de la QPC, constitutionnelle. Les critères d'appréciation traditionnels sont textuels, tirés des dispositions de l'article 66 de la constitution, et jurisprudentiels fondés sur la distinction police administrative et police judiciaire.

2-1 : Article 66 de la constitution du 4 octobre 1958 :

L'article 66 dispose que : « Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi ». Cet article donne à l'autorité judiciaire une compétence exclusive en matière de privation de liberté, sous l'angle de la détention.

Le juge constitutionnel a longtemps eu une conception extensive concernant la déclinaison des libertés individuelles entrant dans le champ de l'article 66 de la constitution. Ainsi, le Conseil constitutionnel a dans un premier temps intégré au « bloc des libertés de l'article 66 » : les visites domiciliaires, en l'espèce opérées par les agents de l'administration fiscale, estimant que « de telles investigations ne peuvent être conduites que dans le respect de l'article 66 de la constitution qui confie à l'autorité judiciaire la sauvegarde de la liberté individuelle sous tous ses aspects » (83-164 DC du

29/12/83). Le juge constitutionnel y a ensuite intégré la liberté d'aller et venir et du mariage (93-325 DC du 13/08/1993), le droit au respect de la vie privée (94-352 DC du 18/01/1995), l'inviolabilité du domicile (97-389 DC du 22/04/1997).

Cependant, ce mouvement expansionniste a entraîné la résistance des autres ordres de juridictions. Ainsi, le tribunal des Conflits par décision du 09/06/1986 (arrêt EUCAT) a détaché la liberté d'aller et venir du « bloc de l'article 66 » pour la rapporter à la DDHC89, rejoint en cela par le conseil d'Etat (*Assemblée 08/04/1987 – PELTIER*). Le Conseil d'Etat, dans son rapport public du CE de 1991 (*documentation française p.62*), a ainsi affirmé « les dispositions de l'article 66 de la Constitution selon lesquelles l'autorité judiciaire est gardienne de la liberté individuelle n'obligent pas à placer sous le contrôle de cette autorité les interceptions de sécurité (*nb : écoutes téléphoniques*) qui constituent des mesures de police administrative ne portant pas atteinte à la liberté individuelle au sens de cet article ».

Pour finir, le Conseil Constitutionnel a progressivement opéré un revirement de sa jurisprudence en détachant certaines libertés de la notion de liberté individuelle pour finalement, en 2013 (2013-357 DC du 29/11/2013), indiquer « avoir stabilisé sa jurisprudence autour d'une définition plus étroite de la liberté individuelle en ne se référant à l'article 66 que dans le domaine des privations de liberté (garde à vue, détention, rétention, hospitalisation sans consentement) ».

Cette position a ensuite été rappelée à l'occasion de loi sur le renseignement (2015-713 DC du 23/07/2015), sur la mise en œuvre des techniques de renseignement, puis sur l'état d'urgence (2015-527 DC du 23/07/2015), notamment au sujet de l'astreinte à domicile ne dépassant pas 12 heures dans le cadre d'une assignation à résidence.

Finalement, le champ de compétence et d'intervention du juge judiciaire a été réduite au strict domaine de la privation de liberté.

2-2 : Distinction acte de police administrative/police judiciaire :

La distinction, à priori simple, est la suivante : l'acte de police administrative relève de la compétence du juge administratif et l'acte de police judiciaire de celle du juge judiciaire. L'USM est attachée à cette distinction qui apparait cependant de moins en moins étanche du fait de l'interpénétration de ces deux types de police.

Textuellement, l'article 14 de la Loi n°55-385 du 03/04/1955 relative à l'état d'urgence dispose que : « A l'exception des peines de l'article 13 (*sanctions pénales*), les mesures prises sur le fondement de la présente loi sont soumises au contrôle du juge administratif ».

Les actes pris par l'administration sont classiquement qualifiés de mesures de police administrative, laquelle vise à éviter un trouble général à l'ordre public. La police judiciaire, orientée vers la répression, est destinée à constater une infraction pénale déterminée, à en réunir les preuves et à en chercher les auteurs afin de permettre l'action judiciaire.

Ainsi, les mesures individuelles prises dans le cadre de l'Etat d'urgence relèvent traditionnellement de la police administrative : assignations (art.6), perquisitions (art.11). Pour la jurisprudence administrative, les actes pris sur ce fondement, en absence de privation de liberté au sens de l'article 66, sont des actes relevant de sa compétence : l'article 66 n'exigeant pas que toutes les mesures restreignant l'exercice d'une liberté constitutionnellement protégée soient sous le contrôle du juge judiciaire. Le juge opère une distinction entre les mesures simplement restrictives de liberté et celles

réellement privatives de liberté, seules visées par le monopole judiciaire de l'art. 66 (2015-527 DC pour les assignations et 2016-536 DC pour les perquisitions - NB : La loi a depuis évolué : L229-1 CSI charge le JLDT de Paris du contrôle des perquisitions administratives – voir *infra*)

2-3 : Affaiblissement de ce critère de distinction :

Cette distinction, relativement simple, a été mise à mal par les évolutions législatives récentes découlant des Etats d'urgence.

Ainsi, la question s'est posée à l'occasion de la loi du 11 mai 2020 instituant le placement à l'isolement, pour raisons sanitaires, de personnes arrivant de l'étranger, dispositions prévues par les articles L 3131-5 et L3131-17 du CSP. Selon la jurisprudence administrative, la quarantaine et le placement à l'isolement ne constituent pas nécessairement une privation de liberté, sauf si ces mesures se traduisent par un « isolement complet de la personne en application d'une interdiction de sortie » et, dans le cas contraire, échappent au champ de l'article 66.

La décision, relativement ancienne, du Conseil constitutionnel (*DC 92-307*) estimait ainsi qu'une restriction de liberté pouvait, à raison de ses modalités d'exécution, produire des effets comparables à ceux d'une privation de liberté. Ce raisonnement a été transposé aux assignations à résidence dans le cadre du terrorisme et de la radicalisation religieuse, puis lors de l'état d'urgence sanitaire. Ainsi, le Conseil constitutionnel estimait (2015-527 DC) que seule une mesure « contraignant à demeurer à domicile ou dans un lieu d'hébergement plus de 12h/jours » basculait dans le champ de l'article 66 de la Constitution et que, dans les autres cas, le fondement était les articles 2 et 4 de la DDHC de 1789. Le Conseil d'Etat à l'occasion d'un avis du 04/05/2020 a estimé que ce type de mesure relevait de la compétence du juge administratif dès lors que le confinement imposé n'était que partiel.

C'est finalement le législateur, utilisant la marge de manœuvre conférée par la jurisprudence constitutionnelle dans l'application des règles de répartition des compétences juridictionnelles, qui a attribué au juge judiciaire (juge des libertés et de la détention -JLD) le contrôle de ces mesures, même lorsque l'isolement sanitaire n'est que partiel.

Le législateur avait fait, en 2017, le même choix à l'occasion de la loi « SILT » en confiant au JLD du tribunal judiciaire de Paris compétent en matière antiterroriste (JLDT), le contrôle du recours aux mesures de perquisition administrative ordonnées en matière de prévention du terrorisme. Pourtant, il s'agit ici d'un acte de police administrative, dont l'autorité judiciaire est simplement avisée, et qui ne donne pas nécessairement lieu à judiciarisation. Le choix, sans aucun doute plus pragmatique que juridique, du législateur tient notamment au fait que le contrôle du JLD est effectué *a priori*, tandis que le contrôle du juge administratif, même dans le cadre de la procédure d'urgence de référé-liberté, ne s'effectue qu'*a posteriori*.

Cependant, quel est le degré d'efficience du contrôle judiciaire, hormis celui d'une légalité externe, le JLDT devant le plus souvent statuer urgemment et au vu de « notes blanches » parfois laconiques ? La question de la transformation d'un juge judiciaire en « caution » d'une action administrative, de plus en plus invasive en termes de libertés publiques, peut être légitimement posée.

Néanmoins, la légitimité du JLDT tient au fait qu'il s'agit d'un juge hyper-spécialisé, compétent en matière d'infractions terroristes, grâce à des formations spécifiques et à des échanges habituels et soutenus avec les services de renseignement ou judiciaires spécialisés.

Mais dans une telle logique, pourquoi alors la loi sur le renseignement de 2015 n'a-t-elle pas

également confié au JLD ou au JLDT les autorisations de recours aux techniques de renseignement, dont les écoutes téléphoniques, plutôt que de les confier à la très haute autorité, mais autorité administrative, du premier ministre ?

Il apparaît bien difficile de concevoir un système intelligible et cohérent applicable à chaque cas d'espèce. Après avoir rogné le champ d'intervention du juge judiciaire, en réduisant le champ de compétence exclusive de l'article 66, s'agit-il d'un « retour de balancier » vers une conception expansionniste du bloc de l'article 66 ou simplement d'un choix pragmatique visant, au cas par cas et sans doctrine transposable de façon générale, à introduire du contrôle juridictionnel dans l'acte administratif ?

Est-ce admettre, *a contrario*, que la police administrative est devenue de plus en plus attentatoire aux libertés publiques et que, dès lors, elle bascule dans le champ de compétence de l'article 66 et doit être soumise à l'appréciation du juge judiciaire ?

Ce mouvement d'interpénétration entre les compétences judiciaire et administrative a connu des précédents. Ainsi, la compétence a été donnée aux JLD pour apprécier la légalité des actes administratifs en matière de contentieux de l'hospitalisation sous contrainte.

C'est désormais aussi le cas (article 84 de la loi du 14 décembre 2020 sur le financement de la sécurité sociale pour 2021) s'agissant pour le JLD d'autoriser le maintien à l'isolement ou sous contention d'une personne hospitalisée sous contrainte, appréciant ainsi la nécessité et l'opportunité d'un acte de soin.

Ce le sera encore très prochainement (*projet de loi n°419 tendant à garantir le droit au respect de la dignité en détention*) s'agissant pour le JLD ou le JAP de statuer sur une demande de mise en liberté faite par un détenu se plaignant de ses « conditions indignes de détention », même si le JLD ne pourra pas adresser d'injonctions à l'autorité administrative pénitentiaire mais seulement, constatant son inaction, ordonner une libération. Une compétence concurrente du juge administratif subsiste, le juge administratif pouvant enjoindre à l'administration pénitentiaire de procéder à des améliorations et la condamner financièrement en cas d'inaction, mais ne peut ordonner l'élargissement de l'intéressé. La frontière est tenue. A terme, le juge administratif sera-t-il uniquement le juge des actions collectives portées par les associations intervenants sur les questions carcérales et le juge judiciaire celui du détenu, nul ne doutant que la deuxième action aura rapidement la préférence des avocats et des intéressés ?

En revanche, pour le détenu entendant contester une décision de placement dans un quartier d'évaluation (QER) ou de prévention de la radicalisation doit former son recours devant le juge administratif et non le juge judiciaire.

3 – Exercice par l'autorité judiciaire de son office

3-1 - De manière générale

L'autorité judiciaire et l'institution qui l'incarne, la justice judiciaire, sont frappées depuis des années par un manque de moyens endémique, à tel point qu'un ancien garde des Sceaux n'a pas hésité à parler de « clochardisation » la concernant.

Les chiffres du CEPEJ le confirment de façon objective et implacable.

Ainsi à titre d'exemple, selon le rapport 2020 (chiffres de l'année 2018) :

- La France consacre 69,51€ par habitants à sa justice tandis que la moyenne européenne s'établit à 72€ et celle des pays comparables en termes de richesse à 84,1€ ;
- La France dispose de 3 procureurs pour 100.000 habitants à comparer à la moyenne européenne de 12,13 étant précisé, au surplus, que les procureurs français sont ceux ayant le plus de missions à assumer.

Ce dénuement ne se limite pas aux juridictions de province ou de droit commun.

Les juridictions spécialisées, toutes prestigieuses, auréolées d'excellence et *a priori* favorisées qu'elles soient, rencontrent finalement les mêmes difficultés que les juridictions de droit commun : le surencombrement et le sous-dimensionnement des moyens ne permettant pas toujours de remplir leur mission dans des conditions et des délais satisfaisants, ce qui ne manque pas de leur être, avec une certaine hypocrisie schizophrène, reproché.

Les procédures à visées d'audit ou plus clairement disciplinaires (dites « enquêtes administratives ») instruites récemment par l'Inspection générale de la Justice (IGJ) à l'encontre de plusieurs magistrats du PNF dans « l'affaire dite des fadettes » en sont la traduction.

Les maux mis en évidence par le rapport de fonctionnement de l'IGJ de septembre 2020, lequel n'avait aucune vocation disciplinaire revendiquée, sont ceux trop souvent rencontrés dans les parquets et tribunaux français. Sont notamment pointés une organisation interne perfectible, une faible information du parquet général et un manque de diligence dans le suivi des affaires. Ces constats sont pourtant principalement la conséquence de l'encombrement des services partenaires (notamment l'OCLCIFI dont les moyens n'ont pas été abondés à la suite de la création du PNF) et d'une charge de travail excessive pour les personnels de justice dotés de moyens, notamment informatiques et humains, dérisoires.

Malgré tout, grâce au dévouement de l'ensemble des personnels (enquêteurs, procureurs, juges, trop rares assistants spécialisés et personnels pénitentiaires), les résultats sont parfois remarquables, souvent perfectibles et parfois insatisfaisants. Mais seul l'insatisfaisant fait la « une » des journaux justifiant sans désenchanter la création de commissions ad-hoc chargées d'envisager des réformes, toujours partielles et souvent à moyens constants, pour y remédier. Pourtant les réformes attendues et pertinentes est connue depuis des décennies : un budget de la justice judiciaire à la hauteur des standards européens et un statut du parquet modernisé, garantissant son indépendance institutionnelle du politique.

L'institution judiciaire, déjà fragilisée par son manque de moyens, a dû gérer des événements profondément déstabilisants :

- La grève des avocats, uniquement liée au projet de réforme du régime de retraite, la Justice ayant donc été la victime collatérale d'une revendication sociale et catégorielle la dépassant ;
- Un fonctionnement très fortement dégradé dans le cadre du premier confinement et de la mise en œuvre des Plans de Continuation d'activité (PCA) bâtis dans l'urgence, et tout au plus pour deux à trois semaines.

L'institution judiciaire ainsi a dû appliquer, dans l'urgence et à moyens humains réduits au minimum, des textes dérogatoires, conçus dans l'urgence et qui se sont avérés peu clairs et susceptibles interprétations divergentes. Il s'agit notamment de ceux sur le renouvellement automatique des détentions provisoires et sur l'infraction délictuelle passible d'une comparution immédiate de non-respect réitéré du confinement.

Cette situation a donné lieu à des interprétations et des applications différenciées selon les juridictions, voire selon les services ou les cabinets au sein de chaque juridiction.

Certains parquets ont eu recours à la procédure de comparution immédiate pour réprimer les infractions à l'obligation de confinement tandis que d'autres se limitaient aux simples alternatives aux poursuites, préfigurant sans doute la « justice de proximité sanitaire ». Nombre de parquets ont systématiquement fait appel des décisions, maintenant le débat contradictoire pour la prolongation de la détention décidé par certains JI ou JLD, malgré l'interprétation contraire de la DACG.

Certains avocats, estimant leurs clients en danger sanitaire dans des maisons d'arrêt aux effectifs pourtant allégés ou par simple opportunisme, ont saisi en masse les JLD, les tribunaux correctionnels puis les CHINS de demandes de mise en liberté « sanitaires ».

De même, les décisions rendues par les juridictions répressives en matière d'infractions à l'obligation de confinement ont été très diverses, allant de la transmission d'une QPC à la relaxe, notamment faute de preuve de la réitération de l'infraction (s'agissant de procédures mal construites à partir d'un logiciel initialement conçu pour constater les infractions routières), en passant par la condamnation plus ou moins lourde, avec ou sans mandat de dépôt à la barre, les juges estimant alors que seule la stricte application du confinement à domicile permettaient aux soignants « de tenir sur le front des hospitalisations ».

Malgré ces difficultés, les fonctions essentielles de la justice ont été préservées et si son activité a été restreinte, la justice n'a jamais été à l'arrêt total, malgré des conditions d'exercice souvent critiquables sur le plan sanitaire (absence de masques en quantité suffisante, de gel, de salles adaptées, de moyens de visio-conférence, d'applicatifs métiers utilisables à distance ...) et des mises en cause injustes, provenant parfois d'avocats qui, quelques semaines auparavant appliquaient sans sourciller une grève dure des audiences, ou se plaignaient eux-mêmes de ne pas se voir pourvus en moyens de protection sanitaire, ou ne se déplaçant pas dans les TJ ou dans les commissariats pour les mêmes raisons.

3-2 – Rôle spécifique de la cour de Cassation

Au sommet de la pyramide judiciaire, la Cour de cassation s'est prononcée à une quarantaine de reprises, entre le 13 mai et le 3 novembre 2020, au sujet de contentieux liés ou issus des dispositions de l'ordonnance du 25 mars 2020 adaptant la procédure pénale à l'état d'urgence sanitaire.

Ainsi la Cour de cassation a statué sur des points aussi divers que :

- Le délit de non-respect du confinement (L. 3136-1 du CSP), notamment sous l'angle de la légalité des délits et des peines – Crim. 13/05/2020, QPC 20-90.003, 004&006 - ;
- La prolongation automatique de la détention provisoire -art.16 de l'ordonnance du 25 mars 2020- et notamment au vu de sa compatibilité avec l'article 5 de la CEDH, du contrôle effectif de la nécessité du maintien en détention, consacrant « le droit au

- « juge » - Crim. 26/05/2020, Crim. 01/09/2020, Crim. 29/09/2020, Crim. 01/09/2020, Crim. 13/10/2020, Crim. 29/09/2020 et QPC n° 20-83.189, 20-90.014 & 20-83.457 ;
- Les prolongations de délai pour statuer (*CHINS*) des articles 15 et 18 de l'ordonnance du 25 mars 2020 – Crim. 16/06/2020, Crim 19/08/2020 ;
 - L'allongement des délais d'audiencement des articles 11 et 18 de l'ordonnance du 25 mars 2020 ;
 - La publicité restreinte/huis clos de l'article 7 de l'ordonnance du 25 mars 2020 ;
 - Le recours élargi à la visioconférence, notamment en dépit du refus de la personne, prévu par l'article 5 de l'ordonnance du 25 mars 2020 – Crim. 22/07/2020, QPC n° 2020-872 ;
 - Les conditions de détention en période épidémique (*art. 2 et 3 de la CEDH*) – Crim. 19/08/2020, Crim. 16/09/2020 ;
 - L'allongement des délais d'appel devant la CHINS de l'article 4 de l'ordonnance du 25 mars 2020 – Crim. 30/09/2020 ;
 - La recevabilité de pourvoi par télécopie et lettre simple de l'article 4 de l'ordonnance du 25 mars 2020 – Crim. 16/06/2020 ;
 - Notion de force majeure : en matière de décision d'enquête européenne – Crim. 13/10/2020-, de délai raisonnable de détention -Crim. 14/10/2020- et de délivrance du permis de communiquer.

En fait, la plupart des dispositions de l'ordonnance ont été soumises à l'interprétation de la Cour de Cassation ainsi qu'à celle, par le jeu des QPC et de façon moins étendue, du Conseil Constitutionnel.

Il est utile de rappeler que la Cour de Cassation ne peut se prononcer qu'à l'occasion d'un dossier particulier, c'est-à-dire uniquement après qu'un pourvoi ait été formé contre un arrêt, lequel a lui-même été précédé d'une procédure au fond.

Il n'existe pas dans l'ordre judiciaire de procédure de référé permettant à l'administration ou aux acteurs judiciaires de saisir la Cour de cassation, en urgence, d'une question de principe portant sur l'interprétation « in abstracto » d'une disposition légale novatrice, obscure ou controversée.

Ainsi en matière de détention provisoire, le délai maximal pour statuer est de trois mois après la réception du dossier par la Cour, laquelle n'est jamais immédiate. Ce délai est lui-même déjà sérieusement entamé par le délai d'un mois à compter du dépôt du pourvoi impartit au demandeur pour déposer son mémoire. Malgré ces délais, la chambre criminelle a réussi à statuer plutôt rapidement : les premiers arrêts ont été rendus le 13 mai 2020 et le 26 mai 2020, « l'ordonnance Covid » étant entrée en vigueur le 26 mars 2020, soit moins de deux mois après l'entrée en vigueur du texte.

Certes cela a pu sembler long aux juges du fond, les arrêts étant intervenus après la levée de la période de premier confinement, lequel a malheureusement été suivi d'autres mesures de confinement ou de couvre-feux, mais néanmoins toujours en période d'état d'urgence sanitaire.

Cependant, en l'état des textes -étant rappelé qu'en matière de procédure pénale il s'agit de dispositions législatives et non réglementaires- la Cour de Cassation aurait difficilement pu statuer plus rapidement.

La problématique générale du temps judiciaire, décorrélé du temps médiatique ou temps commun se trouve, en situation d'Etats d'urgence, renforcée. Le temps judiciaire apparaît encore plus long en ce périodes d'urgence.

Le temps de la justice n'est pas celui d'une campagne militaire, d'une « blitzkrieg » sanitaire sauf à concevoir une justice d'exception, sur le modèle de la justice militaire en temps de guerre. Modèle partout dépassé dans nos démocraties occidentales.

L'exigence d'efficacité ne saurait primer sur les exigences du droit, mais l'exigence d'une efficacité renforcée de l'institution judiciaire est nécessaire et attendue.

Cette décorrélation est encore accrue par le mécanisme de la QPC, la Cour de cassation ayant dû dans un certain nombre d'espèce transmettre le litige au Conseil Constitutionnel (*sauf en cas de détention en cours, permettant au juge judiciaire de statuer malgré la QPC transmise*).

Ainsi, les arrêts de la Cour de Cassation du 26 mai 2020 sanctionnant l'interprétation de la DACG sur la prolongation automatique de la détention provisoire ont été diversement appréciés et notamment par le pouvoir exécutif.

Le communiqué de presse du 26 mai 2020 de la chancellerie regrettait « diplomatiquement » la solution retenue retenant l'exigence du « droit au juge », contraire à son interprétation telle qu'exposée par voie de circulaire. Le communiqué indiquait notamment : « la garde des Sceaux prend en revanche acte de la fixation par la chambre criminelle d'un délai prétorien (...) cela conduira à la remise en liberté de détenus provisoires qui n'ont pas déposé de demande de mise en liberté, pour lesquels un tel examen non prévu par les textes n'a d'évidence pas été opéré ».

Pour un juriste, même en période d'urgence, il est toujours surprenant de voir l'administration centrale poursuivre, par voie de presse, un débat judiciaire pourtant tranché par la juridiction suprême de l'ordre judiciaire et par la suite confirmé par le conseil constitutionnel.

Pourtant l'exigence du « droit au juge » rappelé par la Cour de cassation assorti, voire tempéré, d'un « délai prétorien » d'un mois à compter du jour où la détention aurait dû être prolongée pour qu'un juge examine la situation, a évité l'annulation massive de la plupart des procédures.

La Cour de Cassation a agi en responsabilité, rappelant les principes mais les adaptant aux circonstances exceptionnelles pour en adoucir l'application.

Il convient au surcroit de préciser que parmi les personnes finalement libérées, faute d'avoir eu accès à un juge, ne figurait aucun détenu terroriste, les débats ayant été en ce domaine scrupuleusement maintenus, par précaution, malgré l'interprétation de l'administration centrale.

Il faut admettre que les pouvoirs publics avaient sans doute sous-estimé le fait que la Cour de cassation appliquerait directement, et comme elle en a l'obligation, les dispositions de la CEDH et « le droit au juge ».

En période de crise, le dialogue entre l'exécutif et tous les ordres de juridiction apparaît plus que jamais essentiel. Dialoguer ne signifie pas, pour l'un des pouvoirs ou autorités, s'engager dans un sens ou dans l'autre et empiéter sur les attributions de l'autre. C'est aider ses interlocuteurs à réfléchir et à anticiper de façon contradictoire les difficultés juridiques découlant de circonstances extraordinaires.

Cet épisode de crise sanitaire illustre les limites du modèle judiciaire français, aux multiples ordres de juridiction, et basé sur la crainte multiséculaire d'un « gouvernement des juges » et du retour aux « arrêts de règlement ».

Cette architecture ne permet pas au juge judiciaire de réagir rapidement et de manière coordonnée mais permet aux citoyens d'exercer un recours, tout imparfait qu'il soit, et de voir, sur certains points, rappeler les principes fondamentaux de notre droit qui doivent perdurer quelles que soient les circonstances.