Alain Claisse*

Prévenir plutôt que « surveiller et punir »

Quand la loi met la police administrative à l'écoute des droits fondamentaux européens

Le renforcement de la protection internationale des droits de l'homme, notamment dans le cadre de la Convention européenne, a des incidences sur l'ensemble de notre droit administratif. Celui-ci, selon l'expression de René Chapus, évolue de plus en plus vers un « droit des libertés publiques », la reconnaissance de la supériorité des traités et des actes dérivés sur les lois pouvant entraîner, selon cet auteur, une « dénationalisation du droit administratif[1] ». Certes, la pénétration du droit international et européen dans le droit interne se révèle de plus en plus importante, et particulièrement par le biais du respect des droits fondamentaux de la personne[2], un concept suggéré par nos voisins. Le droit public français demeure cependant très largement inspiré par la conception majestueuse d'une administration investie de multiples privilèges (dont, jusqu'à une date toute récente, celui de ne pas recevoir d'injonctions du juge[3]), tirant sa force et sa légitimité de son rôle de gardien de l'intérêt général et de l'ordre public. Face à cet ordre régalien bardé de la toute-puissance du service public, l'individu, que l'on qualifiait encore tout récemment d'« administré », semble considéré davantage comme un « sujet que comme un citoyen », selon la formule de Jean Rivero[4]. L'autorité de police administrative dispose d'une marge d'action assez importante, même si le contrôle du juge administratif se montre dans ce domaine particulièrement vigilant.

Quelle police, pour quel ordre public ?

* Professeur à l'université de Paris I (Panthéon-Sorbonne).

1. « L'administration et son juge, ce qui change », *Études et Documents du Conseil d'État. Rapport public*, 1991, p. 264 et 275.

2. Voir, sur ce point, l'article de Yves Madiot, « La protection internationale des droits de la personne », in *Les Petites Affiches,* 23 et 25 juin 1993.

3. Pour un réexamen doctrinal des problèmes liés à l'injonction, voir J. M. Woehrling, « Les nouveaux pouvoirs d'injonction du juge administratif, selon la loi du 8 février 1995 : propositions pour un mode d'emploi », in *Les Petites Affiches*, 24 mai 1995.

4. « A propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui : démocratie et administration », in *Mélanges René Sabatier,* p. 821.

La notion de police est aussi ancienne qu'universelle, puisqu'elle renvoie à l'ordre et au commandement de la Cité. Aujourd'hui, en France, elle possède un double sens : fonctionnel lorsqu'elle désigne l'activité juridique ou matérielle de maintien de l'ordre, et organique si elle se réfère aux autorités ou forces chargées de cette activité. Le concept de police administrative est davantage lié à la culture juridique française. Fort d'un principe de séparation des autorités administratives et judiciaires solidement inscrit dans notre patrimoine révolutionnaire avec la loi des 16 et 24 août 1790, l'ordre juridique contemporain dissocie la police judiciaire de la police administrative. La première a pour objet principal de repérer les délits et les crimes, d'en rechercher les auteurs et de les livrer à la justice. Elle est investie d'une mission répressive, et le contentieux auquel son action peut donner naissance relève principalement du juge judiciaire. La seconde, la police administrative, s'attache à l'ordre public (défini généralement comme la protection de la sécurité, de la salubrité et de la tranquillité publiques) et à la prévention des infractions plutôt qu'à leur répression. Elle est exercée, selon les cas, par le maire, le préfet ou le chef du gouvernement. Son contentieux relève pour l'essentiel du juge administratif. L'homme de la rue aura d'autant plus de peine à comprendre la distinction entre les deux polices qu'elles sont en grande partie assurées par le même personnel, celui des forces de police[5]. Le partage des fonctions n'en est pas moins essentiel, car les pouvoirs de police administrative se manifestent avant que la liberté ne puisse s'exercer et visent, dans la plupart des cas, à la suspendre, à en limiter l'ampleur ou certains de ses effets.

Selon une jurisprudence ancienne et constante en France, l'interdiction d'une activité prononcée par un maire ou un préfet ne pourra se fonder que sur des circonstances locales particulières laissant prévoir des troubles graves à l'ordre public ; il faut en outre que l'autorité de police n'ait pas d'autre moyen que l'interdiction pour éviter ces troubles. Et l'on connaît le soin avec lequel le juge administratif surveille la manière dont l'autorité administrative exerce ses attributions en ce domaine. Cette vigilance n'a fait que se renforcer, comme en témoigne la jurisprudence la plus récente sur le contrôle des expulsions et reconduites à la frontière des étrangers.

La définition de l'ordre public lui-même, autant que les mesures prises à ce titre par l'autorité administrative, font l'objet d'une particulière attention de la part des autorités administratives concernées et du juge. Certains des droits consacrés au niveau européen permettent d'en préciser les contours et donnent déjà lieu à une jurisprudence intéressante tant nationale qu'européenne[6].

Ainsi en va-t-il pour l'article 3 de la

5. L'exemple souvent cité est celui du contrôle routier : la vérification des papiers du véhicule relève de la police administrative ; le procès-verbal établi à l'encontre d'un contrevenant pour défaut d'assurance ou de vignette, de la police judiciaire.

6. Rappelons que le Conseil d'État a reconnu l'applicabilité directe de la Convention. Voir, par exemple, la décision d'assemblée du 11 juillet 1984, *Subrini*, *Rec. Lebon*, p. 259.

7. Le grief de traitement dégradant a été invoqué devant la Commission et la Cour, notamment à propos du comportement des forces de police, des conditions de détention péniten-

Convention sur les traitements inhumains et dégradants[7]. Une circulaire du ministre de l'Intérieur du 27 novembre 1991 recommande aux maires d'interdire les spectacles dits de « lancer de nains » jugés contraires aux dispositions de l'article 3. Se fondant sur une jurisprudence ancienne, les tribunaux administratifs de Marseille et de Versailles ont cru pouvoir annuler des décisions d'interdiction municipales concernant de tels spectacles. Le Conseil d'État, dans deux arrêts d'assemblée du 27 octobre 1995, annule ces jugements en considérant que le respect de la dignité de la personne humaine est une des composantes de l'ordre public et que, même en l'absence de circonstances locales particulières, le maire peut interdire une attraction portant atteinte à cette dignité[8]. Dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement Frydman insiste sur le fait que le respect de la dignité humaine relève de la morale publique, considérée de plus en plus par la jurisprudence et la doctrine[9] comme une composante de la notion d'ordre public. En l'occurrence, la circulaire ministérielle et les décisions du Conseil d'État visent à combler une carence du droit existant, aucun texte ne permettant d'instituer un contrôle préventif, au niveau national, de spectacles portant atteinte à la dignité humaine, à l'instar du visa d'exploitation cinématographique. Seuls les maires sont actuellement chargés d'une telle protection, et sans doute serait-il préférable que le législateur intervienne pour décider comment « concilier les exigences de la liberté et la sauvegarde de l'ordre public », selon la formule bien connue du Conseil d'État, que le Conseil constitutionnel a reprise à son compte[10].

Le juge administratif, en dépit d'une œuvre prétorienne importante, ne peut combler à lui seul les lacunes de la législation, ni pourvoir à tous les manquements ou les abus de l'autorité administrative. Il demeure en outre très marqué par le modèle administratif français, auquel on reproche souvent la promptitude à prendre des mesures autoritaires et la lenteur à en réparer les dégâts.

La Cour européenne de sauvegarde des droits de l'homme a rappelé à la France de manière directe ou incidente certaines insuffisances de son dispositif législatif dans le domaine des libertés fondamentales. On peut ici donner deux exemples où le législateur, admonesté par la Cour, s'est décidé, après un long silence, à réglementer les pouvoirs de police administrative. L'un affecte la surveillance des individus par les écoutes téléphoniques, l'autre concerne l'inter-

tiaire ou psychiatrique (sur ce dernier point, voir *infra*). Rappelons que le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 jette l'anathème sur « les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine ». Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 27 juillet 1994 sur la bioéthique, reconnaît au principe de dignité humaine une valeur constitutionnelle.

8. Voir *Revue française de droit administratif*, novembre-décembre 1995, p. 1204, ainsi que le commentaire de M.-C. Rouault aux *Petites Affiches*, 24 janvier 1996, p. 28.

9. Voir, par exemple, R. Chapus, *Traité de droit administratif général*, p. 596, ou encore J. Moreau, « Polices administratives, théorie générale », *Jurisclasseur administratif,* fasc. 200.

10. Voir, à titre d'exemple, la décision du 25 janvier 1985 sur la loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et la note de P. Wachsmann, avec un intéressant commentaire sur « la constitutionnalisation de l'ordre public », à laquelle procède implicitement la Haute Juridiction constitutionnelle, *AJDA*, 20 juin 1985, p. 362.

nement administratif des personnes mentalement malades. Ces deux lois ne constituent pas une version actualisée du « surveiller et punir » naguère stigmatisé par Michel Foucault, elles entendent au contraire revenir à ce qui constitue la vocation de la police administrative : prévenir les atteintes à l'ordre public.

I. La Tentation de l'Écoute Téléphonique : les Rappels à l'Ordre Européen des Droits de l'Homme

Depuis que le téléphone existe, les écoutes existent. Tous les gouvernements et les polices en ont usé et en usent, ce qui justifie le renforcement des mesures législatives, réglementaires et juridictionnelles. On distingue habituellement trois types d'écoutes :

– les écoutes privées qui ont toujours été totalement interdites[11] ;

– les écoutes judiciaires ordonnées par le juge judiciaire dans le cadre d'une enquête ;

– les écoutes administratives décidées par le gouvernement afin de prévenir les atteintes à l'ordre public ou à la sûreté de l'État.

Cette dernière catégorie relève de la police administrative. Elle est particulièrement sensible, car elle est susceptible de donner lieu à des abus de la part des autorités politiques. Il est toujours tentant d'écouter les adversaires ou leurs proches pour des raisons parfois bien éloignées de la sécurité publique.

Le dispositif européen face aux lacunes françaises

La question de la légalité des écoutes téléphoniques est assez ancienne en France. Les écoutes administratives se pratiquent traditionnellement sur la seule base d'instructions gouvernementales ou ministérielles confidentielles, ce qui les rend totalement discrétionnaires et pratiquement impossibles à prouver[12]. Une circulaire de 1960 du Premier ministre centralise les écoutes administratives en les plaçant sous la responsabilité du Groupement interministériel de contrôle (GIC), sans pour autant mettre un terme au laxisme ambiant, en dépit de plusieurs rapports sur la question émanant de commissions indépendantes. La Cour de cassation, dans un arrêt d'assemblée plénière (affaire *Baribeau*) du 24 novembre 1989, condamne vigoureusement les écoutes téléphoniques d'origine administrative en se fondant directement sur l'article 8 de la Convention européenne.

L'article 8-1 de la Convention européenne des droits de l'homme considère que les écoutes téléphoniques relèvent du droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance. L'ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit est subordonnée à deux conditions cumulatives. Elle doit tout d'abord avoir une

11. Mais elles sont abondamment pratiquées et tendent à augmenter : plus de 100 000 par an en France, selon une estimation de la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité, en dépit d'un décret du 25 mars 1993 et d'un arrêté du 23 février 1995 relatifs au contrôle des appareils conçus pour intercepter les correspondances. Rapports de 1994 et de 1995 (voir *infra*).

12. Comme le souligne le commissaire du gouvernement, Mme Marie-Aimée Latournerie, dans ses conclusions dans l'affaire *Férignac* (Conseil d'État, Ass. 17 décembre 1976, rec. Cons. d'État, p. 553).

base légale. Celle-ci devant être « accessible », c'est-à-dire facilement connue et « prévisible », donc « énoncée avec suffisamment de précision » pour permettre à chacun de savoir dans quels cas il peut être porté atteinte au secret de sa vie privée[13]. L'ingérence doit ensuite apparaître comme une mesure, « qui dans une société démocratique » est nécessaire au respect d'un certain nombre de finalités ou de valeurs que l'article 8-2 énumère.

La référence à « une société démocratique » reflète l'esprit du Conseil de l'Europe, dont le traité constitutif appelle à la défense des « principes de la démocratie parlementaire ». La Convention elle-même, dans son préambule, réaffirme l'attachement des pays signataires à un « régime politique véritablement démocratique », fondé sur « un commun respect des droits de l'homme ». Cette disposition visait naguère les dictatures européennes d'Est et d'Ouest ; elle demeure toujours d'actualité pour certaines d'entre elles. Elle marque en tout cas très volontairement le cadre idéologique de référence à la conception occidentale de la démocratie parlementaire et des droits de l'homme, dont on constate aujourd'hui encore qu'il est, au moins formellement, une condition d'admission au Conseil de l'Europe. « La sécurité nationale, la sûreté publique, la défense de l'ordre » (art. 8-2) sont définies comme celles régnant dans les pays signataires détenteurs d'un « patrimoine commun d'idéal et de traditions ». La « protection de la santé et de la morale » et plus encore la recherche du « bien-être économique du pays » sont des notions difficiles à circonscrire, même si l'on prend comme critères les valeurs en vigueur dans les pays signataires, comme le montreront ultérieurement les jurisprudences concernant l'avortement, la laïcité ou la propriété, autant de domaines qui ne sont pas sans interférences avec la vie privée.

S'agissant des écoutes téléphoniques, la Commission et la Cour européennes des droits de l'homme se montrent attentives à l'exigence d'une base légale, quelle qu'en soit la nature, et la France sera vivement rappelée à l'ordre sur ce point. Dans deux affaires, *Huvig* et *Kruslin*, jugées le 24 avril 1990, la Cour estime que les écoutes et autres formes d'interceptions des entretiens téléphoniques représentent « une atteinte grave au respect de la vie privée et de la correspondance ». Par conséquent, elles doivent se fonder sur une « loi » d'une précision particulière et des règles « claires et détaillées en la matière apparaissent indispensables », d'autant que les procédés techniques utilisables ne cessent de se perfectionner, estime la Haute Juridiction européenne. La Cour considère que « le droit français, écrit et non écrit, n'indique pas avec assez de clarté l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités ». Elle condamne la France dont « le système n'offre pas pour le moment de sauvegardes adéquates contre divers abus à redouter ».

Il devient par conséquent urgent de mettre en place un dispositif de réglementation et de contrôle pour les écoutes judiciaires, mais plus encore pour les écoutes administratives laissées à la quasi-discrétion des autorités. Tel est l'objet de la loi du 10 juillet 1991 relative

13. Arrêt *Malone*, 2 août 1984.

au « secret des correspondances émises par la voie des télécommunications ».

La loi du 10 juillet 1991 : qui écoute, pourquoi et comment ?

Cette loi proclame le secret des correspondances en apportant des exceptions limitées à « l'autorité publique […] dans les seuls cas de nécessité d'intérêt public prévus par la loi ». Elle dissocie clairement les écoutes judiciaires et administratives :

– Pour les écoutes judiciaires, la loi autorise le juge d'instruction (et non le Parquet, ni *a fortiori* les officiers de police judiciaire, commissaires de police ou gendarmes) à les ordonner pour des affaires passibles de deux ans d'emprisonnement au minimum (art. 100 du Code pénal)[14].

– Les écoutes administratives, qualifiées d'« interceptions de sécurité » sont, tout comme les écoutes judiciaires, subordonnées par la loi à un certain nombre de conditions, qui tiennent fidèlement compte des remarques de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'homme.

La loi énumère les motifs d'écoutes : la recherche de renseignements intéressant la sécurité nationale, la prévention de la criminalité, de la délinquance organisées (trafic d'armes ou de stupéfiants, grand banditisme notamment) ou le maintien de groupements dissous, la protection des intérêts économiques et scientifiques de la France, le terrorisme. Cette énumération, on le voit, demeure assez large et laisse une marge d'appréciation non négligeable aux autorités publiques, notamment lorsqu'il s'agit des intérêts français en matière économique et scientifique.

La loi de 1991 prend acte des décisions de la Commission et de la Cour européennes en réservant aux autorités supérieures la décision d'écoute. Les interceptions de sécurité doivent être autorisées par une décision écrite et motivée du Premier ministre ou de l'une des deux personnes spécialement déléguées par lui. Le branchement téléphonique ne peut être effectué que sur ordre du ministre chargé des Télécommunications ou de la personne qu'il a désignée[15].

Le déroulement de l'écoute est réglementé. La loi prévoit un maximum de quatre mois et pose le principe d'un quota d'écoutes autorisées de manière

14. Selon la Cour de cassation, il y a écoute lorsque est mis en œuvre un procédé technique quelconque de captation de ligne ou d'enregistrement. Si un tiers (particulier ou agent public) décroche un écouteur ou branche un amplificateur, il n'y a pas écoute (Cass. crim., 4 septembre 1991, *JCP*, 1992, nº 21802). De même, la victime d'appels téléphoniques abusifs (injures, harcèlements) ou menaçants peut solliciter elle-même une écoute de la police qui, dans ce cas, est licite.

15. Il s'agit aussi de limiter au minimum la marge d'autonomie des agents chargés de la mise en œuvre des écoutes et d'éviter un usage abusif des enregistrements effectués. A cette fin, l'article 423-9 du Nouveau Code pénal punit de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 F d'amende le fait pour une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, agissant dans l'exercice de ses fonctions, « d'ordonner, de commettre ou de faciliter, hors des cas prévus par la loi, l'interception et le détournement des correspondances émises, transmises ou reçues par la voie des télécommunications, l'utilisation ou la divulgation de leur contenu ».

16. Le Premier ministre a fixé ce quota à 1 180 lignes réparties entre la Défense, l'Intérieur et les Douanes.

simultanée[16]. Cela répond également à une préoccupation rappelée à plusieurs reprises par la Commission et la Cour : éviter des écoutes diffuses et à grande échelle, même pendant une courte période.

Enfin, les instances du Conseil de l'Europe se sont montrées soucieuses de prévoir la destruction des enregistrements effectués en fonction de ce que certains ont appelé le « droit à l'oubli », sans toutefois que ce droit ne soit explicitement consacré, ni qu'une distinction soit faite sur ce point entre écoutes judiciaires et administratives. La loi française dispose que tout enregistrement doit être mentionné sur un registre établi sous la responsabilité du chef du gouvernement, puis détruit au bout de dix jours ; seules seront transcrites et gardées pour le temps indispensable les informations directement liées à l'objet même de l'écoute (sécurité nationale, prévention du terrorisme, etc.).

La loi de 1991 ne reconnaît pas un droit à l'information des personnes écoutées, se ralliant à la position de la Commission européenne des droits de l'homme, qui considère qu'un système de contrôle offrant des garanties suffisantes peut pallier l'inexistence d'un droit à notification ou à communication[17]. Telle est la fonction de la CNCIS.

La Commission nationale des interceptions de sécurité et sa doctrine

Conçue selon une formule proche de la Commission nationale informatique et libertés (CNIL), cette autorité administrative indépendante est présidée par une personnalité désignée pour six ans par le président de la République[18] ; elle comprend, en outre, un député et un sénateur désignés par leur président respectif[19]. Ces trois membres ne sont pas renouvelables.

Ayant pour mission de protéger les personnes contre les abus, la CNCIS vérifie que les écoutes administratives sont autorisées et réalisées dans le respect de la loi. Elle reçoit communication des autorisations motivées d'interception de sécurité dans un délai de 48 heures et peut procéder, spontanément ou sur demande de toute personne ayant un intérêt direct et personnel, à des contrôles en ce domaine. La Commission dispose d'un pouvoir de recommandation à l'égard du Premier ministre, visant à mettre un terme à une ou plusieurs écoutes. Le chef du gouvernement doit l'informer des suites positives ou négatives données à sa recommandation. La Commission informe le procureur de la République des infractions dont il a eu connaissance et présente chaque année un rapport.

Dans ses rapports d'activité[20], la CNCIS affirme solennellement que sa doctrine est fondée sur l'État de droit et les principes appliqués par la Cour européenne des droits de l'homme ; ce qui

17. Voir notamment la décision du 10 juin 1990, *X c. Norvège.*

18. Il s'agit actuellement de Paul Bouchet, conseiller d'État, nommé en septembre 1991.

19. Soucieux de maintenir un principe d'équilibre entre majorité et opposition que la loi française ne prévoit pas (à la différence de la loi allemande), le président de l'Assemblée nationale, Philippe Séguin, a nommé, en mai 1993, un parlementaire de l'opposition socialiste, M. Derosier. Le président du Sénat avait nommé l'année précédente un parlementaire de la majorité UDF.

20. Les rapports depuis 1992 sont publiés par *La Documentation française.*

signifie que les écoutes doivent respecter les règles de légalité, de proportionnalité et de subsidiarité[21]. Sans mettre directement en cause le Premier ministre pour ses autorisations d'écoutes, la Commission insiste sur la nécessité de justifier de manière plus précise les motifs des interceptions, notamment lorsque l'urgence est invoquée. En matière de sécurité, il est également rappelé que le fait d'invoquer « la crainte d'un trouble à l'ordre public » ne suffit pas à satisfaire aux exigences de la loi[22].

Écoutes abusives et secret-défense

En 1995, le nombre des lignes interceptées a été d'environ 3 000. La Commission a rendu quarante-trois avis négatifs, le Premier ministre refusant d'obtempérer dans trois cas seulement, en invoquant des motifs de sécurité nationale.

Des affaires récentes ont montré l'importance du rôle de la Commission, mais aussi ses limites. La première concerne la révélation, en 1993, par le journal *Libération*, d'écoutes décidées par la cellule antiterroriste de l'Élysée, entre 1983 et 1986 (donc avant la nouvelle loi), notamment sur la ligne privée d'un collaborateur du journal *Le Monde*. Bien que non compétente, la CNCIS a été saisie par le Premier ministre, alors Pierre Bérégovoy, d'une demande d'enquête. En décembre 1993, la Commission a rendu ses conclusions au chef du gouvernement, concluant au caractère illégal de ces écoutes, même au regard de la circulaire du Premier ministre de 1960, seul texte applicable à l'époque. Mais au nom du « secret-défense » invoqué par le gouvernement, notion dont le contenu est par nature incontrôlable[23], la Commission ne révèle rien du contenu du dossier, laissant à l'autorité judiciaire, saisie par ailleurs, du soin de se prononcer sur les points relevant de sa compétence. En revanche, à la suite de nouvelles révélations par la presse d'écoutes supposées de Paul Barril, ex-gendarme de la cellule élyséenne, en février 1993, le président de la Commission demande, en mars 1996, au gouvernement la levée du secret-défense sur ces écoutes, craignant de voir se multiplier dans la presse des comptes rendus falsifiés, dont l'intéressé pourrait être à l'origine[24].

L'affaire Schuller-Maréchal, survenue à l'occasion d'écoutes administratives, montre la nécessité de compléter le dispositif législatif existant. La police judiciaire demande, en décembre 1994, au chef du gouvernement une autorisation d'écoute administrative du docteur Maréchal ; la police invoque la nécessité d'identification de « complices » dans une affaire d'extorsion de fonds. L'autorisation est accordée et transmise à la CNCIS avec une semaine de retard. La

21. La Commission se réfère abondamment à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, le rapport de 1993 reproduisant même un arrêt relatif à une écoute judiciaire où la France est une nouvelle fois condamnée (*A. c. France*, 23 novembre 1993).

22. *Ibid.*, p. 18.

23. Sont considérés comme secret-défense les renseignements, objets, documents, etc., dont la divulgation est de nature à nuire « à la défense nationale et à la sûreté de l'État », selon le décret du 12 mai 1981. L'article 410 du Nouveau Code pénal sur les « intérêts fondamentaux de la nation », expression substituée à celle de « sûreté de l'État », ainsi que l'article 413 sur le « secret de défense nationale » ne sont guère plus précis. Le juge peut toujours se voir opposer le secret-défense, le gouvernement décidant seul si ce fait est ou non vérifié.

24. Déclaration au *Monde*, 29 mars 1996.

presse affirme peu après qu'il s'agit en réalité d'une affaire politique visant à impliquer le gendre du docteur Maréchal, le juge Halphen, de manière à le dessaisir du délicat dossier des détournements de fonds effectués par le président de l'Office des HLM des Hauts-de-Seine au profit du RPR. Le président de la CNCIS, Paul Bouchet, prend alors publiquement position, estimant que même si la procédure suivie était formellement légale, elle a été utilisée « de manière abusive » en dissimulant les motifs réels de l'interception « sous une qualification erronée »[25]. En effet, les interceptions de sécurité ne peuvent être autorisées que pour la prévention de crimes ou de délits organisés ; en aucun cas pour la constatation d'infractions individuelles et encore moins comme moyen de provocation à l'initiative de la police. Le faux motif masqué par une appellation vague, dont aurait été dupe le Premier ministre lui-même[26], et le retard dans la transmission de la demande à la CNCIS expliqueraient donc le « dérapage » constaté dans l'affaire Schuller-Maréchal.

Il apparaît par conséquent nécessaire de mieux définir les modalités d'autorisation et de contrôle des écoutes en cas d'urgence. Dans son avis sur l'affaire Maréchal et son rapport de 1994, la Commission adresse quelques recommandations dont le gouvernement tient compte. La CNCIS reçoit désormais chaque jour les demandes transmises au GIC et elle est le plus souvent à même de se prononcer *avant* le Premier ministre, même dans les cas d'urgence[27].

Un tel dispositif va au-delà du minimum garanti par la loi et les recommandations des instances européennes, et l'on ne peut que s'en réjouir. Mais les affaires de la cellule de sécurité de l'Élysée et l'incident Schuller-Maréchal posent aussi la question des recours éventuels à la disposition des victimes d'écoutes illégales. Dans l'un et l'autre cas, des procédures judiciaires sont en cours. L'article 13 de la Convention européenne sur le recours effectif devant une instance nationale en cas de violation des droits et libertés s'applique-t-il aux cas d'écoutes illégales ? Il est trop tôt pour le dire. Le caractère secret des mesures d'écoutes, surtout lorsque sont en jeu la sécurité nationale ou les intérêts supérieurs du pays, rend difficile la mise en œuvre d'un tel droit. La Cour, dans son arrêt *Klass* du 6 septembre 1978, insiste sur la portée limitée d'un recours en la matière, une limite qui est « inhérente à tout système de surveillance ». Comme le souligne

25. Conférence de presse du 20 février 1995. Voir *Le Figaro*, 22 février 1995.

26. Dans sa conférence de presse du 21 février 1995, ainsi que dans plusieurs émissions télévisées, M. Bouchet indique cependant que M. Balladur n'a pas reçu, contrairement à ce qu'il a affirmé, l'aval de la CNCIS. Voir *Le Figaro*, 22 février 1995.

27. Neuf fois sur dix l'interception de sécurité se fait en urgence, ainsi que l'a indiqué le président de la CNCIS devant la Commission des lois de l'Assemblée nationale, réunie le 28 février 1995, à la suite de l'affaire Schuller-Maréchal. A cette occasion, M. Bouchet insiste sur le fait qu'il convient de mieux organiser la procédure d'*extrême urgence* (souvent invoquée dans les cas de terrorisme ou de secret-défense) en simplifiant le document de transmission, sans oublier cependant de faire apparaître le motif légal invoqué et les circonstances de fait, ainsi que l'événement justifiant l'extrême urgence. Voir Assemblée nationale, *Commission des lois, compte rendu n° 66,* p. 18 s.

28. « Écoutes téléphoniques ; le point de vue de Strasbourg », *RFDA*, janvier-février 1991, p. 99.

J.-P. Flauss[28], la Cour et la Commission procèdent par « contrôle bilan », évaluant de manière synthétique les voies de recours disponibles sur le plan national. L'existence d'un système de contrôle interne des écoutes, même s'il n'est pas juridictionnel, est suffisant comme voie de recours au sens de l'article 13. Il faut rappeler qu'en France les condamnations demeurent en nombre limité, notamment en raison des difficultés de la preuve, ainsi que le rappelle la CNCIS. Il est vrai que dans le domaine des écoutes administratives, comme dans bien d'autres domaines, l'efficacité du système de protection tient probablement d'avantage à son effet dissuasif qu'à tout autre. Il s'agit en quelque sorte de prévenir la prévention. Le même souci a guidé le législateur à propos de l'internement des malades mentaux.

II. L'Internement des Malades Mentaux : un Internement aux Normes Européennes

La conception simpliste du XIXe siècle, selon laquelle on est « aliéné ou on ne l'est pas », inspire les termes de la loi du 30 juillet 1838 sur les asiles d'aliénés[29] que l'on appliquera en France pendant près d'un siècle et demi.

De l'aliénation aux « troubles mentaux »

Le texte de 1838 se veut une loi d'assistance pour les malades, mais aussi et surtout une loi de police, dont la pièce maîtresse est le préfet, visant à protéger la sûreté des personnes et plus généralement l'ordre public[30]. Deux cas d'internements contre la volonté du malade sont prévus :

– L'internement administratif, dit « placement d'office » ; il concerne l'« aliéné » présentant un danger « pour lui-même ou pour les autres ». Le préfet décide de son internement par arrêté motivé. A l'époque, l'autorité administrative est considérée comme parfaitement apte à vérifier à la fois l'état d'aliénation et le danger présenté.

– Le placement qualifié (improprement) de « volontaire » ; il permet à un particulier (normalement un proche parent) de demander un internement, en produisant un simple certificat médical.

Cette législation fera l'objet de nombreuses critiques, aussi bien de la part des milieux médicaux et psychiatriques, des associations de malades, que des défenseurs des droits fondamentaux. Le retard de la France devient d'autant plus patent, à partir des années cinquante, que se manifeste au niveau européen une volonté de protéger les droits des malades mentaux.

La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ne fait pas

29. Déclaration du ministre de l'Intérieur, citée par J.-P. Machelon, « La loi de 1838 sur les aliénés : la résistance au changement », *RDP*, 1984, p. 1005 s. Dans le Code civil de l'époque, l'aliéné est défini comme une personne en « état habituel de démence, fureur ou imbécillité ».

30. Voir Marc Debène, « La modernisation de la loi de 1838 sur les aliénés, commentaire de la loi du 27 juin 1990 », *AJDA*, 20 décembre 1990.

31. Elle dispose dans son article 5 c que « nul ne peut être privé de liberté sauf […] s'il s'agit de la détention particulière […] d'un aliéné », ce qui ne constitue pas un réel progrès par rapport à la législation française. L'Assemblée générale des Nations unies va un peu plus loin en adoptant, en décembre 1971, une déclaration des « droits du déficient mental ».

d'avancée spectaculaire en ce domaine[31]. En revanche, les apports de la Commission et de la Cour renforcent progressivement les garanties offertes au malade mental hospitalisé [32]. Avec la même préoccupation, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe adresse aux gouvernements des États membres du Conseil de l'Europe une recommandation R (83) 2 concernant la protection juridique des malades mentaux faisant l'objet d'une hospitalisation forcée.

Après bien des hésitations, le gouvernement français se décide à « mettre notre législation en cohérence[33] » avec la recommandation du Comité des ministres et à actualiser la législation de 1838[34]. Ainsi est votée, au terme d'un long débat, la loi du 27 juin 1990, intégrée au Code de la santé publique (art. L. 326 à 355 du Livre III). Ce texte est relatif aux « droits, à la protection et aux conditions d'hospitalisation des personnes atteintes de troubles mentaux ». Cette dernière formule, substituée au concept périmé d'« aliéné », est directement inspirée de la recommandation R (83) 2 ; de même, la loi substitue l'hospitalisation au placement. Le but de celle-ci, dispose l'article L. 326, ne doit pas être l'enfermement, mais la guérison suivie de la réinsertion du malade ; un tel principe doit impérativement inspirer la décision du préfet lorsqu'il décide de l'internement.

L'hospitalisation d'office, un pouvoir de police étroitement contrôlé

L'hospitalisation en milieu psychiatrique sans consentement est, en effet, une atteinte à la liberté, d'autant plus grave qu'elle s'effectue sans intervention préalable du juge. La Convention européenne des droits de l'homme indique seulement que nul ne peut être privé de liberté sinon par les voies légales (art. 5) et n'impose pas de condition particulière quant à l'autorité judiciaire ou administrative chargée de décider de l'hospitalisation psychiatrique. Un vaste débat intervient au Parlement sur ce sujet, certains parlementaires estimant nécessaire de confier l'hospitalisation d'office au seul juge judiciaire, gardien des libertés individuelles aux termes de l'article 66 de la Constitution. C'est finalement la solution classique qui a été retenue au nom de « l'équilibre des pouvoirs et des contre-pouvoirs[35] », mais aussi de par la volonté de laisser au préfet son rôle d'autorité sanitaire départementale et de gardien de l'ordre public.

En revanche, selon la formule utilisée par l'article 5-4 de la Convention européenne des droits de l'homme, la loi de 1990 impose pour les malades mentaux hospitalisés, comme pour toute personne

32. Voir le constat opéré par Louis Dubouis, « La loi du 27 juin 1990 assure-t-elle une protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux conforme au droit européen ? », in *Mélanges Auby*, Paris, Dalloz, 1992, p. 728.

33. Selon la formule utilisée par Claude Évin, ministre de la Santé, devant le Sénat ; citée par L. Dubouis, art. cité, p. 728.

34. Certes, depuis 1838, plusieurs textes législatifs sont intervenus pour actualiser quelque peu le régime des internés pour maladie mentale ; ainsi la loi du 3 janvier 1968 relative aux incapables majeurs ou encore la loi « sécurité et liberté » du 2 février 1981 instituant un recours en référé des malades mentaux auprès du tribunal de grande instance. Mais il ne s'agit que de retouches ponctuelles. Voir, sur ce point, l'étude de J.-P. Machelon, *op. cit.*

35. Selon l'expression du ministre de la Santé ; voir Marc Debène, art. cité, p. 877.

privée de sa liberté, « le droit d'introduire un recours devant un tribunal ». La loi actuelle précise, de manière plus stricte que sa devancière de 1838, les pouvoirs de l'autorité administrative en matière d'hospitalisation, soit d'office, soit à la demande d'un tiers. Elle renforce également les moyens de contrôle médicaux, administratifs et judiciaires susceptibles d'intervenir au stade de l'hospitalisation, pendant le séjour du malade ou à sa sortie. En outre, est créée une instance spécifique, la Commission départementale des hospitalisations psychiatriques (CODHOPSY), composée d'un psychiatre, d'un magistrat et de deux personnes qualifiées, qui a un pouvoir général de surveillance et de saisie du juge en cas d'abus.

L'hospitalisation d'office est décidée par le préfet, qui la prononce à l'égard des personnes « dont les troubles mentaux compromettent l'ordre public ou la sûreté des personnes » (art. L. 342) ou encore celles présentant des « troubles mentaux manifestes » et constituant un « danger imminent » pour la sûreté des personnes (art. L. 343). Cette procédure est utilisée dans environ 10 % des hospitalisations psychiatriques. L'arrêté doit être motivé en précisant les circonstances qui rendent l'hospitalisation indispensable. Le préfet est en outre tenu, à la différence du système ancien, de se fonder sur un certificat médical circonstancié, qui doit être fourni dans les 24 heures suivant l'internement[36]. La personne hospitalisée n'a pas un droit à être entendue par l'autorité administrative, mais dispose du recours pour excès de pouvoir.

La loi de 1990 maintient la possibilité d'une hospitalisation, sans intervention du préfet, demandée par un membre de la famille du malade et plus largement une personne susceptible d'agir dans son intérêt. Il faut deux certificats médicaux émanant de deux médecins différents, dont l'un doit être étranger à l'hôpital d'accueil. Ces certificats doivent indiquer les raisons qui justifient l'internement du malade. La vérification des formalités est faite par le directeur de l'établissement qui décide de l'admission.

Qui définit le trouble mental ?

Dans le cas du placement d'office, comme dans celui du placement à la demande d'un tiers, se pose la question de la définition des troubles mentaux. Il s'agit en effet d'une question sensible : on connaît les abus qui ont pu être commis, pendant de longues années, dans l'ex-bloc soviétique, toute opposition au régime pouvant être considérée comme activité antisociale et relevant d'une déviance mentale passible d'internement. Les sociétés occidentales ne sont pas exemptes d'abus individuels lorsqu'il s'agit de personnes âgées ou autres que l'entourage peut avoir intérêt à faire interner, ou encore pour neutraliser des comportements inoffensifs, mais socialement déviants.

Le juge français répugne à se prononcer sur ce point, s'en remettant à l'avis des médecins, à la différence du juge européen qui entend poser un certain nombre de limites sur le fond. C'est ainsi que la Cour de Luxembourg, dans un arrêt *Winterwep* du 24 octobre 1979, souligne que le critère de l'aliénation

36. Les maires en province, les commissaires de police à Paris, peuvent intervenir, à titre provisoire, en cas d'urgence et de danger imminent attesté par un certificat médical ; leur décision d'internement devant être confirmée dans les 48 heures par le préfet.

mentale « ne cesse d'évoluer avec les progrès de la recherche psychiatrique » et cela change beaucoup les critères de l'hospitalisation[37]. Dans cet arrêt, la Cour exclut la détention d'une personne « du seul fait que ses idées et son comportement s'écartent des normes prédominantes ». Ce principe a été repris par la jurisprudence ultérieure indiquant les conditions nécessaires à l'hospitalisation d'office : le trouble mental doit revêtir un caractère ou une ampleur justifiant un internement ; ce dernier ne peut se prolonger qu'en raison de la persistance du trouble lui-même. Le malade a un droit constant au réexamen de sa situation, contrôlé par le juge[38].

La recommandation R (83) 2 a repris à son compte une formule contenue dans le texte français de 1838 : le fait d'être « dangereux pour lui-même ou pour les autres » justifie la mesure d'internement administratif. Elle ajoute l'hypothèse où l'hospitalisation apparaît comme le seul moyen approprié à l'état du malade, ce qui paradoxalement ouvre un champ discrétionnaire plus vaste à l'autorité administrative avec le concours toutefois de l'autorité médicale, seule à même de dire si le séjour forcé à l'hôpital se justifie[39].

Le législateur français s'est largement inspiré des recommandations et de la jurisprudence européennes. La loi de 1990 prévoit l'hospitalisation forcée quand les troubles de la personne à hospitaliser rendent impossible son consentement et lorsque son état impose des soins immédiats, assortis d'une surveillance constante en milieu hospitalier.

Les droits de la personne atteinte de troubles mentaux

La loi énumère les règles relatives à la liberté et à la dignité du malade : possibilité de communiquer avec l'extérieur, droit d'envoyer et de recevoir du courrier, liberté religieuse, etc. ; ainsi que certains droits conditionnés par l'état du malade : droit de recevoir des visites, de circuler à l'intérieur ou à l'extérieur de l'établissement, sorties d'essai. D'une manière générale, ainsi que le précise l'article L. 326-3 du Code de la santé publique reprenant les termes de la recommandation R (83) 2, les restrictions imposées à la liberté individuelle du patient doivent être limitées à celles

37. Cela se révèle particulièrement vrai pour des maladies graves telles que la schizophrénie. Jusqu'à la découverte des molécules actives sur l'activité cérébrale (comme le Largactil), ces maladies étaient évolutives et incurables ; elles sont soignées aujourd'hui, ce qui permet aux malades de rester à domicile et de mener une vie proche de la normale.

38. Voir L. Dubouis, art. cité, p. 731.

39. Et, de fait, les recours pour internement injustifié sont généralement rejetés par la Cour, qui s'en remet à l'opinion du médecin comme justification suffisante ; voir L. Dubouis, art. cité.

40. Le malade devra être en mesure, par exemple, de mettre en œuvre de manière effective les droits de recours contre son internement prévus par la loi et par conséquent de communiquer librement avec l'extérieur. Sur la base de l'article 8 de la Convention européenne (respect de la correspondance), la recommandation R (83) 2 interdit l'ouverture des lettres. Cette interdiction n'est pas prévue par la loi française du 27 juin 1990. Il n'est pas impossible par conséquent que la France soit un jour rappelée à l'ordre sur ce point ; voir les analyses de J.-P. Flauss, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », in *AJDA*, 1993, p. 111, et F. Sudre, « Droit de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP*, Éd. G, nº 8, 3654.

requises par son état de santé et à l'efficacité du traitement[40].

Le malade mental doit-il être protégé contre les risques de mauvais traitement ? La loi française de 1990 ne fait que renvoyer « au strict respect des règles déontologiques et éthiques » du corps médical. La Cour européenne des droits de l'homme (*Herczegfalvy c. Autriche*, 24 septembre 1992) a cependant relevé que, s'il appartient aux autorités médicales de décider des moyens thérapeutiques à employer, y compris par la force, pour préserver la santé et l'intégrité des malades, ceux-ci demeurent protégés par l'article 3 de la Convention, relatif aux traitements « inhumains et dégradants ». La Cour estime en conséquence qu'il lui appartient de juger de la nature des mesures imposées au malade[41]. Au regard de la nature des soins psychiatriques, de leur évolution, de la diversité des pathologies, un tel examen ne sera guère aisé de la part du juge.

La loi prévoit une série de mesures visant à éviter des prolongations de séjour injustifiées ; elle organise les modalités de sortie de l'hôpital par décision du médecin, de l'autorité administrative ou judiciaire. Le préfet retrouve ici un rôle important puisqu'il peut toujours constater que les conditions d'hospitalisation forcée ne sont plus réunies et ordonner la sortie immédiate, après avis médical (art. L. 345, al. 3). Il peut aussi prendre la décision de sortie sur proposition de la CODHOPSY ou de l'autorité médicale, transmise par le directeur de l'établissement. A l'inverse, une sortie à la demande de la famille ou des proches peut être refusée par le préfet sur demande du médecin de l'établissement et en raison du fait qu'une telle sortie risque de « compromettre l'ordre public ou la sûreté des personnes ». La loi enfin entend protéger le malade de l'oubli ou de l'inertie administrative, puisqu'en cas d'hospitalisation d'office le préfet doit réexaminer la situation des personnes hospitalisées selon un échéancier régulier (fin du premier mois, puis trois mois plus tard, puis tous les six mois). Faute d'une confirmation expresse de la décision préfectorale, la mainlevée de l'hospitalisation est acquise.

Les contrôles incombent d'abord aux médecins et à la direction de l'établissement de soins, leur non-respect est passible de sanctions pénales. Un premier certificat médical doit confirmer l'hospitalisation dans les 24 heures suivant l'admission à l'hôpital psychiatrique, les suivants doivent être établis tous les quinze jours, puis tous les mois et préciser si le maintien de l'hospitalisation se justifie. Ces certificats sont adressés au préfet et à la CODHOPSY. Tout psychiatre de l'établissement peut certifier que les conditions de l'hospitalisation sur demande d'un tiers ne sont plus réunies et décider de la sortie du malade (art. L 338).

Les autorités administratives (maire et préfet) et judiciaires (juge d'instance, président du TGI, procureur de la République) ont également un pouvoir de contrôle. Elles sont informées par les

41. Voir également le commentaire de cette décision, *in* C. Byk, « Recherche médicale et droits de l'homme, une approche européenne », *JCP*, Éd. G, nº 46-47, 3719. L'article 3 de la Convention donne lieu à d'âpres débats au sein des instances de Strasbourg, notamment à propos des violences commises par la police, comme le souligne J.-F. Flauss (« Actualité de la convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, janvier 1994, p. 29).

directeurs d'établissement des hospitalisations forcées ; elles doivent visiter à intervalle régulier (semestre ou trimestre, selon les cas) les hôpitaux psychiatriques et signer le « registre de la loi » qui retrace pour chaque malade l'évolution de sa situation. Ces autorités peuvent être saisies à tout moment par les malades ou des personnes agissant dans leur intérêt. Le préfet doit en outre réexaminer périodiquement la situation des personnes hospitalisées d'office et ordonner le cas échéant sa levée immédiate, après accord de l'autorité médicale.

Le contentieux de l'hospitalisation d'office est marqué par le dualisme des compétences juridictionnelles. Les décisions de l'autorité administrative relèvent de la juridiction administrative qui se limite à un contrôle de régularité de forme, de compétence et de procédure[42]. Le juge judiciaire, en tant que gardien des libertés individuelles, apprécie le bien-fondé de la décision d'hospitalisation d'office.

La complexité de la procédure a souvent été déplorée, surtout lorsqu'il s'agit de malades privés de leur liberté et qui n'ont pas nécessairement un accès facile à la justice en dépit des facultés offertes par la loi de 1990[43]. A cela s'ajoute la lenteur de notre système judiciaire, et l'on peut craindre que la France ne se fasse de nouveau condamner par la Cour sur ce sujet[44].

La loi de 1990 s'est donc directement inspirée des positions prises par les instances du Conseil de l'Europe sur les personnes atteintes de troubles mentaux. Elle ne représente cependant pas cette charte du malade mental que certains défenseurs de la liberté ainsi que des professionnels de la santé appelaient de leurs vœux. Elle a cependant le mérite de mieux préciser les pouvoirs respectifs des autorités administratives, judiciaires et médicales au regard des droits du malade. Un gros effort reste à faire pour éviter de devoir recourir au placement d'office ou à la demande d'un tiers. L'accueil psychiatrique, des populations en difficulté notamment, devrait être amélioré par la mise en place de services d'urgence travaillant en collaboration avec les structures d'intervention psychiatrique, les dispositifs d'action sociale et le SAMU, comme le recommande, en avril 1994, un groupe de travail constitué par la Délégation interministérielle à la ville. Ainsi le principe de prévention, qui éclaire la notion même de police administrative, retrouve-t-il toute son importance. Une conjugaison de l'action des services de prévention sociale et des structures d'accueil dans les hôpitaux devrait favoriser les hospitalisations ou actions de

42. Un directeur d'hôpital psychiatrique n'est pas compétent pour décider du maintien d'un malade dans son établissement (TA Nantes, 11 avril 1991, *Taugourdeau*, Jurisdata n. 902003).

43. Voir les propositions de la Commission « Justice pénale et droits de l'homme » présidée par Mireille Delmas-Marty : création d'un juge des « libertés » autorisant les mesures portant atteinte aux droits fondamentaux de la personne et contrôlant les mesures administratives prises au titre de la police des aliénés. *Rapport sur la mise en état des affaires pénales*, Paris, La Documentation française, 1991.

44. L'affaire *Lempereur c. France* (30 juin 1992) en fournit un exemple : la décision définitive sur le bien-fondé d'une hospitalisation d'office dans un hôpital psychiatrique n'est rendue qu'après un délai de onze mois. La Cour européenne estime, par exemple, qu'un délai de huit semaines peut être excessif (arrêt du 29 août 1990, *E. contre Norvège*). Cf. J.-P. Flauss, art. cité, p. 112.

suivi psychiatrique à la demande des personnes mentalement fragilisées, plutôt que l'internement forcé qui est toujours une atteinte à la liberté, traumatisante pour l'intéressé et son entourage.

Ces deux exemples d'encadrement législatif des pouvoirs de l'autorité administrative, à la suite des recommandations des instances européennes, illustrent la primauté sur notre droit interne de la Convention européenne dans l'interprétation qu'en donne la Cour européenne. Ils montrent aussi combien le Parlement peut être attentif aux suggestions et recommandations de la Cour. Cela se vérifie particulièrement en matière de police administrative, dont la justification primordiale, la prévention des atteintes à l'ordre public, est clairement rappelée en l'occurrence. Il est vrai que les positions prises durant les deux dernières décennies par le juge constitutionnel, administratif ou judiciaire incitent le législateur à la vigilance au regard des abus que l'administration est susceptible de commettre vis-à-vis des libertés et droits fondamentaux. Mais des progrès substantiels demeurent à accomplir dans le droit au recours, tant en ce qui concerne la simplification

Roxane Garnier

LES ÉLECTIONS PORTUGAISES DE 1995 ET 1996

ET LEURS CONSÉQUENCES SUR LE SYSTÈME POLITIQUE

et la rapidité de la procédure que les garanties apportées au fond.