



UNION SYNDICALE DES MAGISTRATS

18, rue de la grange batelière 75009 PARIS

Tél. : 01 43 54 21 26

Fax : 01 43 29 96 20

E-mail : contact@union-syndicale-magistrats.org

Site: www.union-syndicale-magistrats.org

Le 10 janvier 2017

OBSERVATIONS DE L'USM

sur le projet de loi n° 263 relatif à la sécurité publique

L'Union syndicale des magistrats est le syndicat le plus représentatif des magistrats de l'ordre judiciaire (70, 8 % des voix aux élections professionnelles en juin 2016).

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.

Le mouvement de protestation des policiers né le 17 octobre 2016 à la suite des événements de Viry-Chatillon (91) survenus le 8 octobre précédent a conduit le ministre de l'Intérieur à engager une réflexion sur l'usage des armes par les fonctionnaires de police et les militaires de la gendarmerie nationale ainsi que sur une éventuelle modification du régime juridique de la légitime défense.

En novembre dernier, la mission relative au cadre légal de l'usage des armes par les forces de sécurité présidée par Mme Hélène CAZAUX-CHARLES, directrice de l'Institut national des hautes études de la sécurité et de la justice (INHESJ) a élaboré 15 recommandations axées autour de :

- la création d'un régime légal spécifique d'usage des armes pour les policiers sous la forme de 4 cas d'autorisation légale d'usage des armes ;
- l'aménagement des modalités du traitement procédural des policiers et gendarmes ;
- la spécialisation de magistrats référents et d'une formation ad hoc des magistrats pénalistes ;
- la formation des policiers et gendarmes.

Il sera, en premier lieu, rappelé le cadre juridique actuel de l'usage des armes par les forces de l'ordre (I) avant l'examen, en second lieu, des dispositions du projet de loi (II).

I – Le cadre juridique actuel de l'usage des armes par les forces de l'ordre :

A) L'usage des armes à feu par les fonctionnaires de police :

Il n'est régi par aucun régime juridique spécifique et relève des dispositions de droit commun du code pénal. Afin de bénéficier d'une cause d'irresponsabilité pénale, les membres de la police nationale doivent avoir utilisé leurs armes en réponse à un ordre de la loi, du règlement ou de l'autorité légitime (art. 122-4 du code pénal), en situation de légitime défense (art. 122-5) ou d'état de nécessité (art. 122-7).

B) L'usage des armes à feu par les militaires de la gendarmerie nationale :

L'article L 2338-3 du code de la défense régit spécifiquement l'usage des armes à feu par les membres de la gendarmerie nationale. Il énonce ainsi que :

« Les officiers et sous-officiers de gendarmerie ne peuvent, en l'absence de l'autorité judiciaire ou administrative, déployer la force armée que dans les cas suivants :

1° Lorsque des violences ou des voies de fait sont exercées contre eux ou lorsqu'ils sont menacés par des individus armés ;

2° Lorsqu'ils ne peuvent défendre autrement le terrain qu'ils occupent, les postes ou les personnes qui leur sont confiés ou, enfin, si la résistance est telle qu'elle ne puisse être vaincue que par la force des armes ;

3° Lorsque les personnes invitées à s'arrêter par des appels répétés de " Halte gendarmerie " faits à haute voix cherchent à échapper à leur garde ou à leurs investigations et ne peuvent être contraintes de s'arrêter que par l'usage des armes ;

4° Lorsqu'ils ne peuvent immobiliser autrement les véhicules, embarcations ou autres moyens de transport dont les conducteurs n'obtempèrent pas à l'ordre d'arrêt.

Les militaires mentionnés au premier alinéa et les volontaires dans les armées, en service au sein de la gendarmerie sont également autorisés à faire usage de tous engins ou moyens appropriés tels que herses, hérissons, câbles, pour immobiliser les moyens de transport quand les conducteurs ne s'arrêtent pas à leurs sommations ».

Ce texte, qui reprend les dispositions de l'article 174 du décret du 20 mai 1903 portant règlement sur l'organisation et le service de la gendarmerie, prévoit donc 4 cas autorisant les gendarmes à faire usage de leurs armes à feu.

Toutefois, il importe de préciser que la chambre criminelle de la Cour de cassation contrôle strictement l'application de ces dispositions. Elle s'attache tout d'abord à vérifier que le militaire est intervenu alors qu'il était en service et revêtu de sa tenue réglementaire (**Crim. 16 janvier 1996, Bull. crim. n° 22**).

De manière générale, elle a jugé que le respect des prescriptions de l'article 2338-3 du code de la défense ne dispensait pas les juges du fond de rechercher si l'usage de la force armée avait été « *absolument nécessaire en l'état des circonstances de l'espèce* » (**Crim. 18 février 2003, Bull. crim. n° 41**). Une telle position répond en réalité aux exigences de la Cour européenne des droits de l'homme.

En effet, **le 5 juin 2012**, la Cour de Strasbourg, par un arrêt n° 23038/07 Ülüler contre Turquie a jugé que l'article 16 de la loi turque n° 2559 sur les attributions et obligations de la police selon lequel un membre des forces de l'ordre peut faire usage d'une arme à feu en cas de tentative d'évasion d'une personne détenue si aucun autre moyen de l'arrêter n'est envisageable violait l'article 2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales lequel garantit le droit à la vie, tout usage de la force devant être rendu « *absolument nécessaire* », c'est-à-dire être strictement proportionné aux circonstances.

Par un autre arrêt en date du **17 avril 2014** n° 68780/10 Guerdner contre France, la Cour européenne des droits de l'homme a condamné la France en jugeant que « *le but légitime d'effectuer une arrestation régulière ne peut justifier de mettre en danger des vies humaines qu'en cas de nécessité absolue. (...) En principe il ne peut y avoir pareille nécessité lorsque l'on sait que la personne qui doit être arrêtée ne représente aucune menace pour la vie ou l'intégrité physique de quiconque et n'est pas soupçonnée d'avoir commis une infraction à caractère violent, même s'il peut en résulter une impossibilité d'arrêter le fugitif* ».

L'examen de la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation montre que cette dernière relie le plus souvent les dispositions de l'article L 2338-3 du code de la défense à celles de l'article 122-4 alinéa 1^{er} du code pénal prévoyant la cause d'irresponsabilité pénale tirée de l'ordre de la loi ou du règlement et écarte ainsi la légitime défense. Elle affirme par suite l'exigence d'un contrôle de nécessité de l'usage d'une arme et de proportionnalité.

Au total, le droit jurisprudentiel en la matière est donc empreint des notions de nécessité absolue et de proportionnalité applicables indistinctement aux policiers et aux gendarmes. Ainsi, la différence de régime juridique apparaît purement théorique et dépourvue d'incidence pratique. Pour retenir le fait justificatif de la légitime défense, il appartient en effet toujours aux juges du fond de démontrer que les moyens employés par l'auteur de la riposte sont proportionnés à la gravité de l'atteinte portée par l'auteur de l'attaque (**Crim. 9 septembre 2015, n° 14-81.308**).

Ainsi que l'a rappelé la mission indépendante de réflexion sur la protection fonctionnelle des policiers et des gendarmes présidée par M. Matthias Guyomar et instituée en juin 2012, « *les critères de la légitime défense priment finalement la question du respect des cas légaux d'ouverture du feu puisque, quoi qu'il en soit du respect du cadre légal, l'atteinte à la vie doit toujours, sous le contrôle des juges, être strictement proportionnée à la menace qui la justifie* ».

Il importe de rappeler enfin, même s'il ne s'agit juridiquement pas d'un cas de légitime défense, que la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale a créé une nouvelle cause objective d'irresponsabilité pénale pour les policiers, militaires et agents des douanes. Le texte du nouvel article 122-4-1 du code pénal prévoit ainsi que « *n'est pas pénalement responsable le fonctionnaire de la police nationale, le militaire de la gendarmerie nationale, le militaire déployé sur le territoire national dans le cadre des réquisitions prévues à l'article L. 1321-1 du code de la défense ou l'agent des douanes qui fait un usage absolument nécessaire et strictement proportionné de son arme dans le but exclusif d'empêcher la réitération, dans un temps rapproché, d'un ou plusieurs meurtres ou tentatives de meurtre venant d'être commis, lorsque l'agent a des raisons réelles et objectives d'estimer que cette réitération est probable au regard des informations dont il dispose au moment où il fait usage de son arme* ».

C) La responsabilité civile de l'Etat du fait de l'usage d'armes à feu :

La chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé, dans le cadre d'une action en responsabilité de l'Etat du fait du fonctionnement défectueux du service public de la justice sur le fondement des dispositions de l'article L 781-1 du code de l'organisation judiciaire devenu l'article L 141-1 du même code que, « *lorsque les dommages résultent de l'usage d'armes à feu, qui comporte des risques exceptionnels, l'Etat est responsable de ceux subis, en raison de la faute d'un de ses agents, par les personnes visées par les opérations de police judiciaire, sans qu'il soit nécessaire que cette faute présente le caractère d'une faute lourde* » (Crim. 14 juin 2005, n° 04-82.208).

II - Les dispositions du projet de loi :

Le projet de loi est divisé en 3 chapitres. Le premier d'entre eux est consacré à l'usage des armes par les forces de l'ordre, le deuxième relatif à la protection contre les menaces et actes de représailles des fonctionnaires de police et militaires de la gendarmerie nationale et le troisième contient diverses dispositions concernant notamment les salariés occupant des emplois en lien direct avec la sécurité des personnes et des biens au sein de certaines entreprises de transport, le contrôle administratif des retours des personnes ayant quitté le territoire national et soupçonnées d'activité terroriste ou la répression des outrages aux personnes dépositaires de l'autorité publique.

L'USM ne se prononcera pas sur les dispositions intéressant la justice administrative.

A titre liminaire, l'USM entend rappeler que la jurisprudence du Conseil constitutionnel exige que soit opérée par le législateur, en cette matière, une nécessaire conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions et, d'autre part, l'exercice des droits et libertés constitutionnellement garantis (cf. par exemple CC, **décision n° 2013-679 DC du 4 décembre 2013, loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière**). De même, il convient de répondre de manière satisfaisante aux exigences de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

A) Sur le cadre commun d'usage des armes par les policiers, gendarmes, douaniers et certains militaires présents sur le territoire national :

L'introduction dans le code de la sécurité intérieure d'une disposition inspirée de celle contenue dans L 2338-3 du code de la défense est acceptable compte tenu de l'évolution de la menace pesant sur les forces de l'ordre, des lourdes problématiques auxquelles elles sont confrontées et du rattachement organique et opérationnel de la gendarmerie nationale au ministère de l'Intérieur réalisé par l'article 1er de la loi n° 2009-971 du 3 août 2009 (art. L 421-2 du code de la sécurité intérieure).

Au cas présent, le nouvel article L 435-1 du code de la sécurité intérieure, qui fait expressément référence à la notion « *d'absolue nécessité* » et au caractère strictement proportionné aux troubles constatés de l'usage des armes, prévoit 5 cas distincts :

- *empêcher* la commission d'atteintes à la vie ou à l'intégrité physique dirigées contre les fonctionnaires de police ou militaires de la gendarmerie nationale ou des tiers ou lorsque des personnes armées menacent leur vie ou leur intégrité physique ou celle de tiers ;
- *défendre* le terrain occupé, les postes ou les personnes qui leur ont été confiées après 2 sommations faites à haute voix et demeurées infructueuses ;
- *empêcher*, immédiatement après 2 sommations adressées à haute voix, la perpétration imminente d'atteintes à la vie ou à l'intégrité physique des agents des forces de sécurité ou des tiers lorsqu'une ou plusieurs personnes cherchent à échapper à leur garde ou à leurs investigations ou *stopper* un véhicule, embarcation ou tout autre moyen de transport dont les conducteurs n'ont pas obtempéré à un ordre d'arrêt ;
- *faire obstacle* à un péripète meurtrier (intégration dans le code de la sécurité intérieure des dispositions de l'article 122-4-1 du code pénal issues de l'article 51 de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 précitée) ;

Ces dispositions répondent aux exigences constitutionnelles et conventionnelles susrappelées. L'USM est par suite favorable à la création d'un cadre juridique précis et cohérent lequel permettra aux quelques 270 000 membres des forces de sécurité intérieure d'exercer leurs difficiles missions dans de meilleures conditions.

Toutefois, eu égard à ce qui a été dit plus haut, une telle réforme n'emportera qu'une conséquence pratique très limitée compte tenu de l'interprétation donnée par la Cour de cassation des dispositions dont s'agit du code de la défense et qui procède directement des exigences de la Cour de Strasbourg. Il est en effet dangereux de laisser penser que les forces de l'ordre pourront faire un usage plus large de leurs armes. La notion d'absolue nécessité demeure incontournable compte tenu de nos engagements européens.

En conclusion, l'USM se félicite que n'ait pas été proposée la création d'un régime spécifique de légitime défense applicable aux membres des forces de sécurité.

En effet, l'application indifférenciée d'un régime juridique unique en matière de légitime défense est en réalité protectrice des agents de la force publique car la prise en considération spécifique de la qualité de membre d'une force de sécurité aboutirait en réalité à la naissance d'un droit nécessairement plus restrictif dès lors que les policiers et gendarmes sont des agents spécialement formés, entraînés, instruits des éléments fondamentaux de la procédure pénale et dotés d'un équipement dédié à la protection de l'ordre public.

B) Sur l'identification des enquêteurs par un numéro d'immatriculation administrative :

L'article 2 insère dans le code de procédure pénale un article 15-4 prévoyant que tout agent de la police nationale et de la gendarmerie nationale aura désormais la possibilité de s'identifier, dans certains actes de procédure, par un numéro d'immatriculation administrative. L'objectif poursuivi est naturellement la protection des intéressés contre les menaces et actes

de représailles.

L'autorisation de recourir à cette anonymisation serait donnée par un responsable hiérarchique suffisamment gradé lorsque la révélation de l'identité de l'agent est susceptible, de mettre en danger sa vie ou son intégrité physique ou celles de ses proches. Elle ne serait possible que pour les besoins d'une procédure pénale visant un crime ou un délit puni d'au moins 3 ans d'emprisonnement.

Ladite autorisation s'appliquerait également en cas de déposition comme témoin sauf si l'enquêteur est lui-même suspecté ou poursuivi.

Plusieurs de nos partenaires européens connaissent déjà un tel dispositif.

Ainsi, en Espagne, depuis une loi organique du 13 mars 1986 adoptée dans un contexte terroriste fortement marqué par la lutte contre l'ETA, les procès-verbaux ne contiennent pas les noms des enquêteurs mais uniquement le numéro de leur matricule et leur unité de rattachement. Cette procédure s'applique à l'ensemble des infractions constatées et non seulement aux infractions à caractère terroriste.

Aux Pays-Bas, l'article 360 du code de procédure pénale dispose que l'utilisation par un tribunal des constatations faites au sein d'un procès-verbal ne mentionnant que le numéro du matricule de son auteur implique une motivation spéciale établissant le respect du principe de la contradiction et des droits de la défense.

Au Royaume-Uni, l'article 87 du Coroner and Justice Act du 12 novembre 2009 prévoit l'anonymisation d'un témoin dans les dossiers pénaux. Cette procédure nommée Witness Anonymity Order est applicable aux agents des forces de l'ordre.

En revanche, les droits allemand et italien ne contiennent aucune disposition autorisant l'anonymisation des procès-verbaux.

La Cour européenne des droits de l'homme a, pour sa part, déjà eu à connaître de cette problématique. Elle a ainsi jugé que l'identification des agents par un numéro doit être liée à la nature particulière de ses missions et non à sa qualité de fonctionnaire (**CEDH, 6 décembre 1990, Ludi c. Suisse**) mais qu'une condamnation ne pouvait être uniquement fondée sur des déclarations anonymes (**CEDH, 26 mars 1996, Doorson c. Pays-Bas**).

Par un **arrêt Van Michelen et autres c/ Pays-Bas du 23 avril 1997**, la CEDH a estimé que « *la mise en balance des intérêts de la défense et des arguments militant en faveur du maintien de l'anonymat des témoins pose des problèmes particuliers si les témoins en question appartiennent aux forces de police de l'Etat. Si les intérêts de ces derniers - comme évidemment ceux de leurs familles - méritent eux aussi la protection de la Convention, il faut reconnaître que leur situation diffère quelque peu de celle d'un témoin désintéressé ou d'une victime. Ils ont un devoir général d'obéissance envers les autorités exécutives de l'Etat, ainsi d'ordinaire que des liens avec le ministère public ; pour ces seules raisons déjà, il ne faut les utiliser comme témoins anonymes que dans des circonstances exceptionnelles. De surcroît, il est dans la nature des choses que parmi leur devoir figure, spécialement dans le cas de policiers investis de pouvoirs d'arrestation, celui de témoigner en audience publique.* » (§56)

Enfin, dans **l'affaire Kostovski c. Pays-Bas du 20 novembre 1989**, la CEDH a jugé qu'en soi, le témoignage anonyme n'était pas contraire à la Convention européenne des droits de l'homme mais que son utilisation pouvait méconnaître le principe du procès équitable dans la mesure où, « *si la défense ignore l'identité d'un témoin, elle peut être dans l'incapacité d'établir qu'il est partial, hostile ou indigne de foi* ».

Si l'USM n'est pas défavorable au principe même de l'anonymisation des procès-verbaux dans le cadre de certaines procédures pénales particulièrement sensibles, elle estime toutefois que l'autorisation de recourir à un tel dispositif ne peut être donnée que par le procureur de la République ou le magistrat instructeur lesquels sont gardiens du respect du respect des droits de la défense et du principe de la contradiction.

Les garanties procédurales prévues au II de l'article 15-4 apparaissent par ailleurs satisfaisantes. Il est en effet mentionné que les juridictions d'instruction ou de jugement saisies des faits ont accès aux nom et prénom de l'agent et que toute partie peut demander la communication de ces éléments d'identification par requête écrite et motivée soumise au juge d'instruction ou au président du tribunal de grande instance. Celui-ci décidera, après avis du ministère public, en tenant compte de la menace que la révélation de l'identité de cette personne ferait peser sur sa vie ou son intégrité physique ou celles de ses proches et la nécessité de révéler ces informations pour l'exercice des droits de la défense de l'auteur de la demande.

En outre, le juge d'instruction, le président de la chambre de l'instruction ou le président de la juridiction pourront examiner une demande d'annulation d'un acte de procédure fondée sur la violation des formes prescrites par la loi à peine de nullité ou sur l'inobservation des formalités substantielles dont l'appréciation nécessite la révélation des nom et prénom des personnes mentionnées au présent article. Ils statueront sans verser ces éléments au débat contradictoire ni indiquer les nom et prénom des personnes mentionnées au présent article dans leur décision.

Cette disposition apparaît toutefois imprécise dès lors qu'elle ne détermine pas les cas de compétence de chacun des magistrats précités et ne définit pas davantage ce que sont les « *formalités substantielles dont l'appréciation nécessite la révélation des nom et prénom des personnes mentionnées au présent article* ». Dès lors, son application risque d'être fort délicate.

Sous réserve de cette dernière remarque, l'USM est favorable à ce nouvel article 15-4 lequel opère une conciliation équilibrée entre le droit à la sécurité reconnu aux enquêteurs et les droits de la défense. Elle s'interroge cependant sur l'absence de prise en considération par le législateur de l'hypothèse de la procédure incidente. En effet, si un enquêteur n'ayant pas obtenu l'autorisation d'anonymiser un procès-verbal d'ouverture de procédure incidente doit faire état de son identité lors de la rédaction de celui-ci, l'objet même de l'autorisation d'anonymisation délivrée dans le cadre de la procédure principale disparaîtra.

Elle est également favorable à la pénalisation du fait de révéler les nom et prénom d'une personne ayant bénéficié des dispositions du présent article ou de révéler tout élément permettant son identification personnelle compte tenu des graves risques encourus.

C) Sur les dispositions permettant à certains agents de sécurité privée d'être armés :

L'article 6 propose de modifier les dispositions de l'article L 613-12 du code de la sécurité intérieure applicables aux agents de sécurité privée chargée de la protection physique des personnes en autorisant ceux-ci à être armés lorsqu'ils assurent la protection d'une personne exposée à des risques exceptionnels d'atteinte à sa vie. Il est patent que lesdits agents ne pourront valablement faire usage de leurs armes que s'ils se trouvent en situation de légitime défense conformément aux dispositions de l'article 122-5 du code pénal.

Si l'USM est favorable à cette disposition eu égard au caractère restreint de leur champ d'application, elle considère cependant qu'il est nécessaire de conditionner ce port d'armes à une autorisation préfectorale délivrée après vérification de l'aptitude du candidat. L'autorisation devra également mentionner la catégorie de l'arme portée, son type ainsi que les conditions de sa conservation pendant le service et en dehors de celui-ci.

D) Sur les dispositions aggravant la répression des outrages à personne dépositaire de l'autorité publique :

L'article 7 double les peines encourues en cas d'outrage à personne dépositaire de l'autorité publique en les portant à 1 an et 15 000 euros d'amende. Celles-ci sont désormais alignées sur les peines encourues en cas d'outrage commis à l'encontre d'un magistrat ou d'un juré.

L'USM n'est pas défavorable à cette aggravation de la répression.

E) Sur les dispositions conférant à certains personnels de surveillance de l'administration pénitentiaire des prérogatives de contrôle des personnes autres que les détenus :

L'article 8 du projet gouvernemental entend renforcer la sécurité des établissements pénitentiaires. Il insère ainsi un article 12-1 au sein de la loi pénitentiaire n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 lequel autorise les personnels de surveillance affectés aux équipes de sécurité pénitentiaire à contrôler les personnes non détenues, sur l'ensemble de l'emprise foncière affectée au service public pénitentiaire, à l'égard desquelles existe une ou plusieurs raisons sérieuses de penser qu'elles se préparent à commettre une infraction portant atteinte à la sécurité de l'établissement pénitentiaire. A cette fin, ces personnels pourraient contrôler l'identité desdites personnes, procéder à des palpations de sécurité, à l'inspection visuelle des bagages voire à leur fouille avec le consentement de leur propriétaire.

De telles attributions caractérisent clairement des pouvoirs de police judiciaire. On sait en effet que l'autorité publique se situe dans un régime de police administrative *“tant que l'agent exerce une mission de contrôle ou de surveillance générale, tant que son enquête n'est pas orientée sur une infraction correctionnelle ou criminelle précise”* (concl. J. Delvolvé sur **CE, Sect., 11 mai 1951, Cts Baud** : S. 1952, 3, p. 13 ; cf. également **T. confl., 7 juin 1951, Noualek** : Rec. CE 1951, p. 636, concl. J. Delvolvé).

L'USM est favorable à ces dispositions dont l'objet est le nécessaire renforcement de la sécurité intérieure des établissements pénitentiaires et qui prévoient l'intervention d'un officier de police judiciaire territorialement compétent ou d'un agent placé sous son autorité en cas de rétention de la personne concernée dans l'hypothèse d'un refus de se soumettre au contrôle ou d'une impossibilité de justifier de son identité, de même que l'information immédiate du procureur de la République.

F) Sur l'expérimentation du cumul d'une mesure de placement dans un service relevant de l'aide sociale à l'enfance avec une mesure d'action éducative en milieu ouvert :

L'article 375-3 3° du code civil dispose : « *Si la protection de l'enfant l'exige, le juge des enfants peut décider de le confier : (...) 3° A un service départemental de l'aide sociale à l'enfance* ». L'article 9 du projet de loi entend permettre, à titre expérimental, au juge, sur réquisitions écrites du ministère public, d'ordonner une mesure d'action éducative confiée à la protection judiciaire de la jeunesse lorsque le mineur fait l'objet d'une mesure de placement au sein d'un service départemental de l'aide sociale à l'enfance.

L'USM est favorable à cette expérimentation.

Les autres dispositions du projet de loi n'appellent pas d'observations particulières de la part de l'USM.