La mobilisation de la législation d'exception : sur la nécessité d'un droit circonstancié au passage à un droit circonstanciel

Francesco Natoli

Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/5398>

DOI : 10.4000/revdh.5398

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Francesco Natoli, « La mobilisation de la législation d'exception : sur la nécessité d'un droit
circonstancié au passage à un droit circonstanciel », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 15 |
2019, mis en ligne le 11 décembre 2018, consulté le 10 juillet 2020. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/5398> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.5398>

Ce document a été généré automatiquement le 10 juillet 2020.

Tous droits réservés

La mobilisation de la législation d'exception : sur la nécessité d'un droit circonstancié au passage à un droit circonstanciel

Francesco Natoli

- 1 La législation d'exception constitue une technique d'appréhension et de maîtrise politico-institutionnelle de certains phénomènes sociaux, tels que le terrorisme ou le crime organisé, caractérisé par leur dangerosité à l'égard de la sécurité publique. Sur le plan technique, il s'agit de mettre en place des dispositifs juridiques extraordinaires permettant de renforcer les prérogatives de l'autorité administrative de police tout en évitant de porter excessivement atteinte aux droits fondamentaux des individus, notamment par rapport aux garanties liées à l'exercice de la liberté individuelle. Afin d'éviter une concentration excessive de pouvoir au sein d'une même autorité, le législateur doit circonscrire le plus précisément possible le régime juridique de tels dispositifs quitte à fragmenter les règles de droit applicables visant à préserver le principe de l'*habeas corpus*.
- 2 Une fragmentation « en droit » peut avant s'avérer nécessaire dans le cadre d'un partage de compétences, afin de garantir l'effectivité d'un système de contre-pouvoirs dans le cadre d'un régime d'exception. L'état d'urgence, par exemple, implique la participation active de plusieurs organes¹. En effet, si sa proclamation s'effectue par le biais d'un décret adopté en Conseil des ministres, sa prorogation au-delà de douze jours relève de la compétence du Parlement. Sa mise en œuvre, en revanche, s'inspire à une logique de déconcentration des pouvoirs : le ministre de l'Intérieur et les préfets étant chargés de prendre matériellement les mesures prévues par le législateur. Enfin, l'application d'un tel dispositif n'exclut pas tout contrôle juridictionnel : les juridictions administratives étant chargées de vérifier la légalité des mesures adoptées dans le cadre de la loi du 3 avril 1995.

- 3 Malgré ce partage de compétences sur le plan formel, l'efficacité de ce système de contrepouvoirs a été néanmoins contestée. Si la logique majoritaire des Institutions limite *de facto* l'exercice d'un contrôle politique effectif par l'organe législatif, ce sont néanmoins les modalités d'exercice du contrôle juridictionnel et son étendue qui semblent le plus affectées : la compétence du juge judiciaire sur les mesures restrictives de la liberté individuelle, telles que les assignations à résidence, dont à l'article 66 de la Constitution, étant exclue. Il est alors possible d'évoquer une fragmentation pernicieuse « des droits » dans la mesure où la protection de ces derniers fait – selon les différentes grilles de lecture possibles – l'objet d'une dérogation ou d'une suspension provisoire².
- 4 L'exemple français ne constitue pas un cas isolé en Europe. L'Italie dispose depuis plus de quarante ans d'une mesure législative permettant au ministre de la Justice de suspendre provisoirement « l'application des règles normales de traitement des détenus » afin de « rétablir l'ordre et la sécurité » au sein d'un institut pénitentiaire « en cas de révolte ou de graves situations d'urgence »³. Suite aux attentats mafieux de 1992, qui ont vu la mort du juge Giovanni Falcone, le législateur a rajouté un deuxième alinéa à l'article 41-bis de la loi n° 354 du 26 juillet 1975 permettant d'étendre le régime de suspension des garanties judiciaires précédemment mentionnées aux détenus condamnés pour des faits par rapport auxquels « il y a des éléments tels à faire retenir la subsistance de liens avec une association criminelle, terroriste ou subversive ». Plus connu sous le nom de « *regime del carcere duro* », soit « régime de l'incarcération dure », ce dispositif a été aussi critiqué en raison d'une excessive fragmentation des compétences : le décret ministériel suspendant les garanties judiciaires des détenus étant adoptées suite à une procédure d'instruction dirigée par l'administration pénitentiaire n'impliquant pas la participation des organes juridictionnels « normalement chargés d'activer les instruments de prévention »⁴. La compétence du juge judiciaire en matière de validation des mesures privatives de la liberté individuelle serait donc exclue, malgré le contenu de l'article 13 de la Constitution.
- 5 En l'absence d'une consécration constitutionnelle directe de ces deux régimes d'exception, la mise à l'écart des garanties constitutionnelles propres à l'exercice de la liberté individuelle par le législateur est-elle pour autant justifiée compte tenu du principe de la hiérarchie des normes ? La jurisprudence du Conseil constitutionnel, d'une part, et de la Cour constitutionnelle italienne, d'autre part, montre que l'incompatibilité entre deux dispositions de rang constitutionnel différent peut être dépassée sur le plan argumentatif en construisant une exception implicite au sein même de la Constitution. Plus précisément, le juge réduit le champ d'application des dispositions ayant pour objet la liberté individuelle en introduisant une ou plusieurs distinctions que le constituant aurait soi-disant sous-entendues sans le préciser formellement⁵. La notion même de liberté individuelle est ainsi déconstruite de manière circonstanciée sur la base des exigences sécuritaires du législateur (1°) pour ensuite être aménagée de manière circonstancielle face à l'évolution particulière de la législation d'exception (2°).

1° - La déconstruction circonstanciée de la liberté individuelle sur la base des exigences sécuritaires du législateur

- 6 Afin de garantir l'attribution d'une marge de manœuvre plus ample à l'autorité administrative, le juge constitutionnel doit faire en sorte de limiter les pouvoirs de l'autorité judiciaire. Pour cela, il est alors nécessaire de dissocier partiellement la notion même de liberté individuelle de son objet. Un premier procédé logique menant à exclure la compétence du juge judiciaire est employé par le Conseil constitutionnel : il consiste à subsumer les assignations à résidence dans le cadre de la liberté d'aller et venir et de déclasser celle-ci du champ d'application de la liberté individuelle (A). Un deuxième procédé employé par la Cour constitutionnelle italienne pour réduire les compétences du juge judiciaire dans le cadre du régime de l'incarcération dure consiste à dissocier sur le plan fonctionnel la qualification de la peine de ses modalités d'exécution (B).

A – La déconstruction de la liberté individuelle sur la base d'un processus de subsumption

- 7 Dans sa décision n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015, le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de se prononcer une première fois sur le régime juridique des assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence. Le requérant dénonçait, en l'espèce, que l'article 6 de la loi du 3 avril 1955, tel que modifié par la loi du 20 novembre 2015, était susceptible de porter atteinte à la liberté d'aller et de venir. Le législateur aurait, en ce sens, aurait méconnu les garanties constitutionnelles dont à l'article 66 de la Constitution visant à préserver la liberté individuelle⁶. Après avoir rappelé que le Parlement fixe les règles en matière de conciliation entre le respect des droits et libertés et la sauvegarde de l'ordre public, le Conseil constitutionnel a néanmoins déclaré la conformité constitutionnelle de la disposition contestée en affirmant que l'assignation à résidence ne saurait être assimilée à une mesure privative de la liberté personnelle à moins que la plage horaire de « douze heures par vingt-quatre heures », fixée par la législature, ne soit dépassée.
- 8 Selon un premier examen de cette décision, le Conseil constitutionnel se serait limité à confirmer sa jurisprudence précédente en fournissant une lecture restrictive de l'article 66 qui viserait uniquement la liberté individuelle au sens strict : soit, le droit « intrinsèquement lié au principe de sûreté » interdisant d'être arrêté et détenu arbitrairement⁷. La liberté d'aller et de venir en serait alors exclue, dans le cas d'espèce, dans la mesure où elle ne comporte que l'application d'une astreinte domiciliaire ne se matérialisant pas en une mesure de détention : l'article 66 constituant ainsi un moyen inopérant « pour contester la constitutionnalité d'une loi autorisant une assignation à résidence »⁸.
- 9 Il a ainsi été estimé que par cette décision le Conseil constitutionnel « exclut la possibilité de se prononcer lui-même sur la nécessité, l'adaptation et la proportionnalité des mesures contestées » s'en remettant « pour l'essentiel au contrôle du juge administratif »⁹. En d'autres termes, cette décision témoignerait une fois de plus de la soi-disant autolimitation du juge constitutionnel en matière d'interprétation

des dispositions constitutionnelles et, par conséquent, de ses réticences à exercer pleinement sa cognition en matière de droits et libertés fondamentaux. Il est néanmoins illusoire de croire que le Conseil constitutionnel interprète de manière restrictive la portée de l'article 66 : l'exclusion de la liberté d'aller et venir du champ d'application de cette dernière disposition liberté semble plutôt constituer l'aboutissement d'un processus de déclasserement s'inscrivant dans un plus large processus de subsumption générique¹⁰.

- 10 Plus précisément, dans sa décision n° 83-164 DC du 29 décembre 1983, le Conseil constitutionnel rappelle que l'article 66 de la Constitution « confie à l'autorité judiciaire la sauvegarde de la liberté individuelle sous tous ses aspects... »¹¹. Il fournit, en ce sens, une lecture extensive de cette disposition afin de couvrir par l'intervention du juge judiciaire « les atteintes graves et substantielles » aux différentes libertés des individus, « privant, de ce fait, le droit de tout contenu et de toute effectivité »¹². La compétence du juge judiciaire n'est donc pas déterminée *ratione materiae*, mais uniquement en fonction « de la gravité de la mesure contrôlée »¹³. Ainsi, c'est parce que les mesures applicables à la liberté d'aller et venir ne sont pas aptes à la priver de toute son effectivité – l'assigné à résidence pouvant librement circuler en dehors de la plage horaire fixée par l'autorité administrative – que celle-ci ne saurait être subsumée dans la classe plus ample de la liberté individuelle.
- 11 Ce raisonnement semble néanmoins mener à un paradoxe. En effet, si l'on postule que les deux libertés susmentionnées sont ontologiquement distinctes, alors le régime des assignations à résidence ne peut que porter atteinte *in toto* à la liberté d'aller et de venir dans la mesure où celle-ci ne se concrétise que dans le droit de circuler librement. On ne saurait alors exclure la compétence du juge judiciaire au profit de celui administratif sur la seule base du critère de la gravité de la mesure, identifié en l'espèce par le juge dans le délai maximal de douze heures par vingt-quatre heures fixé par le législateur.
- 12 Par un processus logique partiellement différent, le juge constitutionnel italien semble parvenir aux mêmes résultats que celui français.

B – La déconstruction de la liberté individuelle sur la base d'un processus de dissociation fonctionnelle

- 13 Saisie par le Tribunal de surveillance de la ville d'Ancona, dans le cadre d'un contrôle de constitutionnalité par voie d'exception, la Cour constitutionnelle a eu l'occasion de se prononcer sur la conformité constitutionnelle de l'article 41-bis par rapport à la charte fondamentale. Le requérant soutenait que les restrictions à la liberté personnelle imposées unilatéralement aux détenus par le ministre de la Justice sur la base d'une procédure administrative ne prévoyant pas l'intervention *a posteriori* du juge judiciaire dans les quarante-huit heures suivant l'édition de l'acte violaient les garanties procédurales dont à l'article 13 al-2 de la Constitution. D'autre part, le renouvellement prolongé et systématique de ce régime exceptionnel de privation de la liberté personnelle se réduirait sur *de facto* en une sanction juridique contraire aux principes constitutionnels d'interdiction de traitements inhumains, dont à l'article 27 al-3 du même texte¹⁴.
- 14 La Cour constitutionnelle a toutefois réfuté ces deux arguments en expliquant qu'il existe « une distinction substantielle entre les modalités de traitement du détenu à l'intérieur de l'établissement pénitentiaire (...) et les mesures qui admettent des formes

de sursis de la peine en dehors de la prison »¹⁵. En ce sens, il revient au juge judiciaire de fixer le type de peine en raison de l'infraction pénale commise, alors qu'il revient à l'administration pénitentiaire de régler les modalités d'exécution de celle-ci en raison des circonstances. La suspension provisoire des règles portant sur le traitement des détenus en réclusion criminelle par le ministre de la Justice, en vertu de l'article 41-bis, ne serait donc pas contraire à la Constitution : l'administration n'intervenant matériellement pas sur la qualification de la peine, mais seulement sur son exécution. D'autre part, ladite disposition serait suffisamment encadrée du point de vue procédural : le détenu pouvant toujours s'opposer aux décisions de l'administration en saisissant le Tribunal de surveillance¹⁶.

- 15 S'il est vrai que l'hypothèse visée par le deuxième alinéa de l'article 13 de la Constitution fait *prima facies* référence aux cas de figure se vérifiant lorsque l'autorité de police adopte une mesure restrictive de la liberté personnelle en l'absence d'une préalable décision judiciaire, il est vrai aussi que son but ultime est celui de préserver la compétence exclusive du juge tout au long de la procédure¹⁷. Or, dans le cas d'espèce, le ministre de la Justice agit certes sur la base d'un jugement pénal, mais il adopte de façon autonome un acte limitant davantage la liberté personnelle du détenu sans que l'autorité judiciaire puisse le valider en vérifiant le fondement de sa motivation. En d'autres termes, si la distinction entre mesures judiciaires et administratives opérée par la Cour a pour but de séparer l'action de l'autorité judiciaire de celle de l'administration pénitentiaire, le résultat final est paradoxalement celui d'assimiler sur le plan procédural le contrôle administratif opéré par le ministre de la Justice et celui juridictionnel opéré normalement par le juge judiciaire en matière de restriction de la liberté personnelle. En fin de compte, le détenu ne bénéficie que d'une protection juridictionnelle marginale.
- 16 Assurer un fondement constitutionnel à la législation d'exception ne constitue pas une solution suffisante en elle-même. Le juge constitutionnel peut en effet aussi être contraint d'adapter la liberté individuelle aux modifications de fond effectuées par le législateur dans le cadre de la législation d'exception.

2°/ - L'aménagement circonstanciel de la liberté individuelle face à l'évolution particulière de la législation d'exception

- 17 Afin de ne pas entraver la volonté du législateur, les juridictions constitutionnelles peuvent se livrer à une opération de reconstruction partielle de la notion même de liberté individuelle. Celle-ci n'est alors définie que de manière circonstancielle, le juge se réduisant à tracer les limites constitutionnelles que le Parlement ne saurait franchir sans violer la Constitution. Plus précisément, en France, la liberté individuelle n'est définie que de manière négative par le Conseil constitutionnel **(A)**. En Italie, au contraire, le degré de restriction de la liberté individuelle est mis positivement en corrélation avec la protection d'autres droits, tels que celui de défense **(B)**.

A – Une reconstruction négative de liberté individuelle en France

- 18 Dans sa décision n° 2017-624 QPC du 16 mars 2017, le Conseil constitutionnel déclare l'inconstitutionnalité partielle de l'article 6 de la loi du 3 avril 1955. Le requérant contestait, en l'espèce, les modalités de renouvellement des assignations à résidence telles que découlant de la procédure établie par l'article 2 de la loi de prorogation de l'état d'urgence du 19 décembre 2016. Plus précisément, le législateur aurait introduit des dispositions susceptibles de porter atteinte à la liberté d'aller et de venir dans la mesure où elles « habilite une autorité administrative à placer une personne sous assignation à résidence pendant plus de douze mois, ce qui constituerait une mesure privative de liberté »¹⁸. Dès lors, devrait être restaurée la compétence du juge judiciaire.
- 19 Le Conseil constitutionnel écarte les griefs soulevés par le requérant en rappelant, en référence à sa précédente décision du 22 décembre 2015, que la liberté d'aller et de venir est conceptuellement différente de la liberté individuelle. Le renouvellement systématique d'une assignation à résidence ne constituerait donc pas une atteinte à l'article 66 de la Constitution dans la mesure où « Aucune limite au nombre de renouvellements d'une telle mesure n'a été fixée par le législateur »¹⁹. Le juge se limite ainsi à valider une lacune normative alors qu'il aurait pu éventuellement en faire l'objet d'une réserve constructive visant à combler l'incompétence négative du législateur sans devoir nécessairement recourir à la censure²⁰. Une telle décision serait en ligne avec la jurisprudence du Conseil d'État qui, dans un arrêt du 11 décembre 2015, avait reconnu qu'une mesure d'assignation à résidence est susceptible de constituer une mesure privative de la liberté, aux termes de l'article 5 de la Convention européenne, « compte tenu de sa durée et de ses modalités d'exécution »²¹. Dès lors, si la notion de « privation de liberté » est soumise à des critères qualitatifs et quantitatifs au sens de la Convention, aucun critère matériel n'est suivi sur le plan constitutionnel. Le Conseil constitutionnel suit ainsi les indications du législateur qui fixe de manière discrétionnaire et circonstancielle le critère à appliquer pour chaque cas d'espèce.
- 20 En l'absence d'une intervention par le biais d'une réserve constructive, le Conseil constitutionnel se limite à énoncer un ensemble de réserves directives visant à encadrer par défaut l'action de l'autorité administrative. Le renouvellement d'une assignation à résidence est ainsi soumis des critères matériels. L'administration doit s'assurer que « le comportement de la personne en cause constitue une menace d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre publics », d'une part, et devant produire « des éléments nouveaux ou complémentaires » justifiant la prorogation d'une telle astreinte, d'autre part. Par ailleurs, l'administration ne saurait poursuivre son action sans que « soient prises en compte dans l'examen de la situation de l'intéressé la durée totale de son placement sous assignation à résidence, les conditions de celle-ci et les obligations complémentaires dont cette mesure a été assortie »²². Enfin, « la durée de la mesure d'assignation à résidence doit être justifiée et proportionnée aux raisons ayant motivé la mesure dans les circonstances particulières ayant conduit à la déclaration de l'état d'urgence », le juge administratif étant chargé d'effectuer un tel contrôle de proportionnalité²³.
- 21 Conscient d'avoir réduit la protection juridictionnelle des assignés à résidence à la seule garantie d'un remède juridictionnel effectif, le Conseil constitutionnel a voulu alors s'assurer que ce dernier ne fût pas biaisé en amont sur le plan procédural. Il censure alors l'article 6, en soulevant d'office un grief au titre de l'article 16 de la

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, dans la partie où il attribue au juge des référés du Conseil d'État la compétence d'autoriser le renouvellement d'une assignation à résidence. Un tel dispositif mènerait, en effet, le juge de dernier ressort à se prononcer sur une mesure sur laquelle il s'est déjà prononcé préalablement dans le cadre de ses fonctions administratives et consultatives²⁴.

- 22 De même, en Italie, la Cour constitutionnelle procède à une reconstruction circonstancielle de la liberté individuelle dans le cadre du régime de l'incarcération dure. Elle en précise néanmoins davantage le contenu et les limites.

B – Une reconstruction positive de la liberté individuelle en Italie

- 23 Après la décision n° 349/1993, la Cour constitutionnelle a davantage précisé les contours juridiques du dispositif dont à l'article 41-bis de la loi de 1975²⁵. Dans sa décision n° 351/1996 la Cour a précisé l'extension du contrôle juridictionnel effectué par le Tribunal de surveillance : ce dernier devant « vérifier que les mesures dans leur individualité ou ensemble ne soient pas telles à saper cette finalité rééducative qui doit connoter la peine aux termes de l'article 27, bien que de manière non exclusive »²⁶. Ainsi, dans sa décision n° 376/1997, elle rappelle que la prévision d'un régime différencié « se fonde non pas de manière abstraite sur le titre de l'infraction pénale commise objet de la condamnation (...), mais sur le péril effectif de la permanence de liens » entre le détenu et son organisation criminelle²⁷. La Cour vise, en ce sens, à inscrire la procédure d'instruction administrative menant à l'application de l'article 41-bis dans le cadre d'une logique judiciaire. Le juge constitutionnel veut s'assurer qu'une telle procédure ne se fonde pas uniquement sur une présomption légale de culpabilité du détenu et que celui ne soit pas tenu à prouver son innocence à travers une inversion de la charge de la preuve²⁸.
- 24 Le législateur intervient néanmoins en 2009 afin de renforcer le dispositif susmentionné, l'objectif étant celui de « rendre encore plus difficile aux détenus (...) la possibilité de maintenir des liens avec les associations criminelles d'appartenance »²⁹. La Cour intervient alors dans le but spécifique de justifier une réduction supplémentaire des compétences du juge judiciaire en matière de contrôle des mesures appliquées aux détenus par l'administration pénitentiaire pour ne pas déclarer l'inconstitutionnalité du dispositif. Plus précisément, la suppression dans le texte de toute mention faisant référence à la nécessité d'un « contrôle sur la congruité des moyens par rapport aux finalités » serait justifiée – selon le juge constitutionnel – en raison de la réduction de la marge d'appréciation des pouvoirs l'administration pénitentiaire résultant de l'introduction d'une liste exhaustive des types de mesures concrètement applicables par celle-ci sur la base de l'article 41-bis. Dès lors, aucune atteinte aux garanties juridictionnelles du détenu n'aurait d'effet spécifique. Le magistrat conserve en effet toutes ses prérogatives pour le contrôle de la légalité de l'acte ; il peut ainsi toujours constater « l'éventuelle violation des droits subjectifs du détenu »³⁰.
- 25 Le raisonnement de la Cour se réduit *in fine* à valider un système de présomption de légalité des mesures applicables au titre de l'article 41-bis. En d'autres termes, l'action de l'administration ne saurait être disproportionnée dans la mesure où elle est encadrée par la loi tant sur le plan formel que sur celui matériel.

- 26 La Cour a néanmoins été contrainte à revenir partiellement sur ses pas. Dans sa décision n° 143/2013, elle déclare l'inconstitutionnalité partielle de l'article 41-bis dans la partie où celui-ci limitait le nombre d'entretiens du détenu avec son avocat à un maximum de trois par semaine. Trois griefs étaient soulevés, en l'espèce, par le requérant. Tout d'abord, la disposition en question violerait le principe d'égalité « en réservant aux détenus en régime spécial un traitement moins favorable par rapport à celui accordé aux autres détenus ». Ensuite, une telle mesure déterminerait « une compression évidente du droit de défense du détenu », au titre de l'article 24 de la Constitution. Enfin, une telle restriction porterait aussi atteinte au principe du contradictoire, dont à l'article 111 de la Constitution, dans la mesure où « les limitations censurées empêcheraient aux détenus en question – souvent impliqués dans une pluralité de procédures pénales – de disposer du temps nécessaire pour préparer leur défense »³¹.
- 27 La Cour ne retient formellement que le grief soulevé au titre de l'article 24 de la Constitution sans faire mention explicite des deux autres. Ce faisant, elle rappelle que dans le cadre des « opérations de balancement, il ne peut y avoir une diminution de la protection d'un droit fondamental sans qu'il n'y ait une augmentation correspondante de la protection d'un autre intérêt du même rang »³². La garantie du droit de défense n'est donc pas absolue. Ce droit est susceptible de subir des restrictions en vue d'une préservation de la sauvegarde d'un autre principe constitutionnel. Toutefois, dans le cas d'espèce, la limitation du nombre d'entretiens entre le détenu et son avocat ne constitue pas une mesure nécessaire et proportionnée à la sauvegarde de la sécurité publique. Plus précisément, le fait que l'avocat puisse constituer un lien entre son assisté et l'organisation criminelle d'appartenance de ce dernier « si elle ne peut pas être exclue *a priori*, elle ne peut pas non plus être assumée comme étant une règle d'expérience, traduite en un énoncé normatif »³³.
- 28 Le raisonnement de la Cour constitutionnelle italienne permet, de ce point de vue, de mieux saisir les différences avec les stratégies argumentatives du Conseil constitutionnel qui, selon une jurisprudence constante depuis la décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, rappelle qu'il ne dispose pas d'un pouvoir d'appréciation de l'urgence et des circonstances identiques à celui du Parlement. Plus précisément, contrairement au juge constitutionnel italien, celui français n'opère pas un contrôle de proportionnalité *in concreto* ; il ne fait aucun rappel à la nécessité d'une « règle d'expérience » justifiant l'action du législateur. Lorsque le Conseil constitutionnel fait référence à des données quantitatives ou qualitatives précises, il ne s'agit pas d'évaluer l'adéquation des mesures fixées par le Parlement par rapport au but recherché, mais d'un simple critère permettant d'écarter ou de confirmer, le cas échéant, la compétence du juge judiciaire. Ainsi, en France, le contrôle de proportionnalité n'est effectué qu'*in abstracto* dans le cadre du contentieux constitutionnel. Le juge se limite à évoquer des réserves d'interprétation directives ayant pour but d'orienter indirectement l'action administrative dans le cadre du principe de légalité.
- 29 La législation d'exception provoque essentiellement une fragmentation « des droits » qui finissent par faire l'objet d'une protection partielle en raison des circonstances politiques et du statut personnel des individus ciblés. Si un tel sacrifice est imposé dans le but de sauvegarder la sécurité publique, la sûreté des individus ne peut toutefois pas être assurée exige que le système juridique ne se contente pas de se fonder sur des logiques judiciaires à caractère strictement indiciaire.

NOTES

1. Pour aller plus loin v. Véronique CHAMPEILS DESPLATS, « Aspects théoriques : Ce que l'urgence fait à l'état de droit », in *Ce qui reste (ra) toujours de l'urgence*, Rapport de recherche – Convention n° 2016 Défenseur des Droits/CREDOF, février 2018, p. 12 URL : https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/rapport_defenseur_des_droits_-_ce_qui_restera_toujours_de_lurgence.pdf
2. Ibidem, pp. 12 – 18
3. V. article 41 bis de la L. 26 luglio 1975, n° 354
4. Litt. : « Ciò che non era prevedibile attendersi era l'impreparazione del sistema istituzionale preposto alla prevenzione, rispetto al nuovo modello di tutela riconosciuto ai reclamanti ; la frammentazione delle competenze ; il mancato coinvolgimento degli organi giudiziari generalmente incaricati di attivare gli strumenti di prevenzione... ». Sebastiano ARDITA, *Il regime detentivo speciale 41 bis*, in *Teoria e pratica del diritto*, Sez. III – 153. *Diritto e procedura penale*, Giuffrè Editore, Milano, 2007, p. 231
5. R. Guastini parle, en ce sens, de la « construction d'une exception inexprimée » (litt. « costruzione di una eccezione inespressa ») dans le cadre d'une interprétation dite « constructive ». Pour aller plus loin v. Riccardo GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè Editore, Milano, 2011, pp. 284 – 289
6. Plus précisément, le requérant est un militant écologiste qui, en vertu de son activisme et en vue de la COP 21, est assigné à résidence sur le territoire de la commune d'Ivry-sur-Seine sur la base de l'article 6 de la loi du 3 avril 1955. Il est ainsi tenu à se présenter trois fois par jour au commissariat de la ville et de demeurer entre 20 heures et 6 heures du matin dans les locaux où il réside habituellement.
7. En ce sens, v. « QPC : l'assignation à résidence dans l'état d'urgence », blog *Liberté, Libertés chéries*, ISSN 2264 – 0797, mardi 22 décembre 2015. URL : <http://libertescheries.blogspot.com/2015/12/qpc-lassignation-residence-dans-letat.html> et v. aussi décision n°99-411 DC du 16 juin 1999 et décision n°2011-631 DC du 9 juin 2011.
8. Ibidem
9. OLIVIER BEAUD, CÉCILE GUÉRIN-BARGUES, « L'état d'urgence de novembre 2015 : une mise en perspective historique et critique », *Jus politicum*, n° 15, p. 138
10. Selon R. Guastini, est une subsomption *in concreto* le processus logique visant à classer un cas d'espèce particulier dans le cadre d'une certaine disposition juridique. Est, au contraire, une subsomption générique le processus logique visant à « établir une relation sémantique entre deux prédicats (soit des termes qui dénotent une classe)... La subsomption générique se place dans une position intermédiaire entre l'interprétation « abstraite » et celle « *in concreto* ». Riccardo GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, op. cit., pp. 24 – 25
11. La décision fait, en l'espèce, référence à l'inviolabilité du domicile. V. considérant 28
12. FRANÇOIS LUCHAIRE, GÉRARD CONAC, XAVIER PRÉTOT, *La Constitution de la République française*, Analyses et commentaires, Economica, 3° ed., Paris, 2009, p. 1558
13. Ibidem
14. L'article 13 al-2 de la Constitution italienne dispose que « dans des cas exceptionnels de nécessité et d'urgence, expressément prévus par la loi, l'autorité de police peut prendre des mesures provisoires, qui doivent être communiquées dans un délai de quarante-huit heures à l'autorité judiciaire et, si celle-ci ne les valide pas dans les quarante-huit heures successives, elles sont considérées comme étant révoquées et sont privées de tout effet ». De son côté, l'article 27 al-3 prévoit que « les peines ne peuvent pas consister en des traitements contraires au sens d'humanité et doivent tendre à la rééducation du condamné ».

15. Litt. « Vi è una distinzione sostanziale tra modalità di trattamento del detenuto all'interno dell'istituto penitenziario – la cui applicazione è demandata di regola all'Amministrazione (...) – e misure che ammettono a forme di espiatione della pena fuori dal carcere (...) le quali sono sempre di competenza dell'Autorità giudiziaria ». Corte cost., sent. n.349 del 1993, in *Giur Cost.*, 1993, 2740

16. Cette orientation sera confirmée, par la suite, dans le cadre de la jurisprudence constitutionnelle portant sur l'article 41-bis. Pour aller plus loin v. Corte cost., sent. n° 410 del 1993, in *Giur. Cost.*, 1993, 2740 ; Corte cost., sent. n° 351 del 1996, in *Giur. Cost.*, 1996, 3043 ; Corte cost., sent. n° 376 del 1997, in *Giur. Cost.*, 1997, 3623

17. La doctrine italienne parle, plus précisément, de « riserva di giurisdizione », soit de « réserve de juridiction », pour indiquer qu'aucune décision restrictive de la liberté personnelle ne peut être adoptée sans l'aval de l'autorité judiciaire. Pour aller plus loin v. « *Libertà personale* », *Enciclopedia Treccani*, treccani.it, URL : <http://www.treccani.it/enciclopedia/liberta-personale/>

18. Voir en détail le considérant 3.

19. Voir en détail le considérant 7.

20. Dans sa décision n° 2016-535 QPC du 19 février 2016, portant sur les mesures de police interdisant la liberté de réunion adoptée sur la base de la loi du 3 avril 1955, le Conseil constitutionnel rappelle qu'en règle générale « la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence ne peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité que dans le cas où cette méconnaissance affecte par elle-même un droit ou une liberté que la Constitution garantit ». Dans ce cas, une des stratégies argumentatives pour faire face à ce type de vice sans procéder à une censure de la disposition contestée consiste à recourir aux réserves constructives, comme le témoigne un rapport du Conseil constitutionnel de 2002. Néanmoins, en cas d'application de l'état d'urgence, le juge se limite à constater la réglementation prévue par le législateur : la conciliation entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public revenant exclusivement au Parlement. Il s'agit, en ce sens, d'un simple choix de politique judiciaire qui ne semble pas justifié sur le plan rigoureusement technique. Pour aller plus loin v. « Les réserves d'interprétation du Conseil constitutionnel », 14 décembre 2002, p.12 URL : https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/pdf/Conseil/reserves2002.pdf

21. CE, Ass., 11 décembre 2015, M. H... X..., n° 395009, consid. 24. Pour aller plus loin v. aussi « L'assignation à résidence ou le Conseil d'État à tous les étages », blog *Liberté, Libertés chéries*, précité, jeudi 23 mars 2017, URL : <http://libertescheries.blogspot.com/2017/03/lassignation-residence-ou-le-conseil.html>

22. V. Considérant 17

23. V. Considérant 18

24. Comme l'a déjà relevé la doctrine, il s'agit de protéger l'indépendance et d'impartialité du juge. La formule généralement employée dans de telles circonstances étant la suivante : « Le principe d'impartialité est indissociable de l'exercice des fonctions juridictionnelles ». Pour aller plus loin v. « L'assignation à résidence ou le Conseil d'État à tous les étages », blog *Liberté, Libertés chéries*, précité.

25. Pour aller plus loin concernant l'évolution jurisprudentielle de la Cour constitutionnelle sur l'article 41-bis v. CARLO FIORIO, « 41-bis parliamone », *Archivio penale*, n° 2, 2015, pp. 1 – 4

26. Litt. « Da un lato dunque dovrà verificarsi che le singole misure e il loro complesso non siano tali da vanificare del tutto quella finalità rieducativa che deve, se pur non in modo esclusivo, connotare la pena ai sensi dell'articolo 27 » Corte cost., sent. 351 del 1996, in *Giur cost.*, 1996, 3043

27. Litt. Di conseguenza, « il regime differenziato si fonda non già astrattamente sul titolo di reato oggetto della condanna o dell'imputazione, ma sull'effettivo pericolo della permanenza di collegamenti, di cui i fatti di reato concretamente contestati costituiscono solo una logica premessa ». Corte cost., sent. n° 376 del 1997, in *Giur. Cost.*, 1997, 3623

28. La doctrine pénaliste critique le dispositif dont à l'article 41-bis sur la base de trois arguments issus de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle et de la Cour de cassation. Tout d'abord, le détenu serait contraint à prouver un « fait négatif », il s'agirait en ce sens d'une *probatio diabolica*. Selon d'autres auteurs, le détenu serait contraint à prouver son innocence, il s'agirait en ce sens d'une présomption *contra reum* : soit d'une inversion de la charge de la preuve. Enfin, le détenu serait contraint de prouver l'incompatibilité entre son comportement en prison et l'existence de lien avec son entourage criminel : il s'agirait en ce sens d'une présomption tout simplement « non raisonnable ». Pour aller plus loin v. ALBERTO MARCHESELLI, « La proroga del regime di carcere cd. Duro ex art.41 bis O.P. », in *Diritto penale. Diritto&Diritti*, ISSN 1127 – 8579, 8 giugno 2006, p. 4 du fichier PDF, URL : <https://www.diritto.it/la-proroga-del-regime-di-carcere-c-d-duro-ex-art-41-bis-o-p/>

29. Litt. « Di rendere ancor più difficile ai detenuti (...) la possibilità di mantenere collegamenti con le associazioni criminali di appartenenza » Cfr. SENATO DELLA REPUBBLICA, n. 733-A, *Relazione delle commissioni permanenti 1a e 2a Riunite*, sulla legge n°94 del 15 luglio 2009, cit. par CARLO FIORIO, « 41-bis parliamone », op. cit., p. 4

30. Litt. « La forte riduzione della discrezionalità ministeriale nella individuazione delle misure conseguenti alla sospensione del trattamento ordinario del detenuto, con l'introduzione di un elenco di restrizioni tassativamente indicato dalla legge, ha determinato la scomparsa del riferimento testuale al controllo sulla congruità dei mezzi rispetto ai fini, ma non ha certamente eliminato il controllo di legittimità sul contenuto dell'atto, in ordine all'eventuale violazione dei diritti soggettivi del detenuto ». Corte cost., sent. n° 190 del 2010, in *Giur. Cost.*, 2010, 2256

31. Litt.: « (...) La norma censurata violerebbe l'art. 3 Cost., riservando ai detenuti in regime speciale un trattamento peggiore rispetto a quello accordato alla generalità degli altri detenuti. La norma denunciata si porrebbe, altresì, in contrasto con l'articolo 24, determinando una evidente compressione del diritto di difesa del detenuto, a fondamento della quale non potrebbe essere invocata l'esigenza di impedire contatti con i membri dell'organizzazione criminale di appartenenza, non essendo tale esigenza riferibile ai rapporti con i difensori, i quali non potrebbero essere normativamente gravati "del sospetto di porsi come illecito canale di comunicazione". Sarebbe violato, infine, l'art. 111, terzo comma, Cost., giacché le limitazioni censurate impedirebbero ai detenuti in questione – spesso contemporaneamente coinvolti in una pluralità di procedimenti penali – di disporre del tempo necessario per preparare efficacemente la propria difesa » Corte Cost., sent. n°143/2013

32. Litt.: « (...) nelle operazioni di bilanciamento, non può esservi un decremento di tutela di un diritto fondamentale se ad esso non fa riscontro un corrispondente incremento di tutela di altro interesse di pari rango ». Ibidem

33. Litt.: « L'eventualità che dette persone, legate al detenuto da un rapporto di prestazione d'opera professionale, si prestino a fungere da tramite fra il medesimo e gli altri membri dell'organizzazione criminale, se non può essere escluso *a priori*, neppure può essere assunta da una regola d'esperienza, tradotta in enunciato normativo » Ibidem

RÉSUMÉS

La présente contribution a pour objectif de s'interroger sur les modalités à travers lesquelles les juridictions constitutionnelles adaptent la législation d'exception au régime juridique des droits fondamentaux, notamment par rapport à la liberté individuelle. Si la signification et la portée des

droits fondamentaux peuvent être facilement circonscrites par le juge en vue d'éviter une suspension injustifiée de ces derniers, cette opération peut néanmoins porter atteinte à la sécurité des rapports juridiques et à la certitude de la règle de droit. Une approche comparée entre la France et l'Italie sera en l'espèce privilégiée.

The main purpose of this contribution is to illustrate the way constitutional courts adapt emergency laws to fundamental rights legal regime, especially towards personal freedom. If judges can easily adapt the meaning of and the value of fundamental rights in order to avoid an unjustified suspension, this operation can lead to a prejudice towards rule of law. A comparative approach between France and Italy will be privileged.

INDEX

Mots-clés : droits fondamentaux, législation d'exception, juridictions constitutionnelles, France, Italie, fragmentation

Keywords : fundamental rights, emergency law, constitutional courts, France, Italy, fragmentation

AUTEUR

FRANCESCO NATOLI

Francesco Natoli est doctorant en droit public au CREDOF de l'Université Paris Nanterre et ATER à l'Université de Lille