

LA LOI PORTANT ADAPTATION DE LA JUSTICE AUX EVOLUTIONS DE LA CRIMINALITE DEVANT LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL : UNE CONFORMITÉ SOUS MULTIPLES RÉSERVES

*Par Céline CAUCHEPIN, Avocat à la Cour
Et Frédéric SAUVAGEOT, Maître de conférences à l'Université de La Réunion*

Après l'adoption par le Parlement du projet de loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité - communément dénommée « Loi Perben II »¹ -, le contrôle de conformité à la Constitution de ce texte par le Conseil constitutionnel est apparu comme l'ultime moyen offert à l'opposition parlementaire - et à travers elle, à tous les citoyens légitimement inquiets des atteintes graves et répétées portées par ce texte à nombre de droits et libertés fondamentaux affirmés par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC)² - de s'opposer à son entrée en vigueur. A ce titre, la déclaration de la conformité à la Constitution de l'essentiel du dispositif législatif contrôlé peut paraître décevante³. Le Conseil valide en effet la création de procédures d'exception consistant notamment à prolonger la garde à vue jusqu'à quatre-vingt seize heures, à renvoyer l'intervention d'un avocat après la soixante-douzième heure de cette garde à vue, à autoriser des perquisitions et saisies de pièces nocturnes, y compris à l'intérieur de locaux d'habitation. Les plus déçus pourront être tentés d'évoquer un rapport de force interne au Conseil manifestement à l'avantage de la majorité gouvernementale⁴. Les plus mesurés chercheront plutôt à stigmatiser la timidité du contrôle de constitutionnalité à la française, décidément aussi généreux dans l'énoncé de garanties constitutionnelles qu'empreint de retenue dans la censure des dispositions adoptées par le Parlement. Pourtant, un examen attentif de la décision permet de soutenir que, s'il ne s'est pas départi de la réserve caractéristique de l'institution à l'égard de la volonté générale exprimée par les représentants du peuple français, le Conseil n'en a pas moins fait montre d'une réticence certaine à l'égard du texte

¹ Loi n°2003-204 du 9 mars 2003, J.O. du 10 mars 2003, page 4567. Sur cette loi, le dossier de l'actualité juridique de droit pénal, n°5/2004, pages 177 et suivantes ; l'étude de J. PRADEL en deux parties, JCP G. 2004.I.132 (1^{ère} partie) et JCP G. 2004.I.134 (2^e partie) ; et celle de F. Le GUNEHEC en trois parties, JCP G. 2004.act.177, 2004.act.188 et 2004.act.200.

² Le principe de la liberté individuelle (art. 2), le principe d'égalité des citoyens devant la loi (art. 6), la prohibition des arrestations arbitraires (art. 7), le principe de nécessité des peines (art. 8), la présomption d'innocence et l'interdiction des rigueurs non strictement nécessaires lors des arrestations (art. 9).

³ Décision 2003-492 DC du 2 mars 2003 « Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité ». Cette décision est publiée au J.O. à la suite de la loi elle-même. Elle est également disponible sur le site du Conseil : www.conseil-constitutionnel.fr.

⁴ Sept des neuf membres qui ont rendu la décision 492 DC ont été nommés par des autorités de la couleur politique de la majorité gouvernementale.

contrôlé, de telle sorte que la portée du texte promulgué se trouve notablement modifiée par sa décision.

En premier lieu, cela doit être noté d'emblée, deux dispositions du texte contrôlé sont déclarées non conformes à la Constitution et n'entrent donc pas en vigueur. Le Conseil censure tout d'abord l'impossibilité d'invoquer la nullité des actes accomplis au moyen des procédures d'exceptions créées pour réprimer les infractions relevant de la criminalité et de la délinquance organisées quand bien même la circonstance aggravante de bande organisée, qui fonde leur utilisation, ne serait finalement pas retenue à l'issue de l'enquête, de l'information ou devant la juridiction de jugement (cons. 70)¹. De manière particulièrement ferme, le Conseil empêche ainsi que des procédures d'exceptions, officiellement introduites dans le code de procédure pénale pour réprimer les infractions les plus graves, ne deviennent en pratique les procédures quotidiennement utilisées pour tous types d'infractions. Ensuite, de manière également remarquable, s'agissant de la procédure dite de « plaider coupable », par laquelle le procureur et la personne poursuivie « négocient » la peine encourue dès lors que le second reconnaît sa culpabilité, le Conseil exige que le magistrat du siège qui homologue cette transaction – le Président du TGI ou son délégué - statue non pas « *en chambre du conseil* » hors la présence du public, mais bien en audience publique (cons. 118). On notera sur ce point que le Conseil se prévaut tout à la fois des articles 6, 8, 9 et 16 de la DDHC, soulignant ainsi la particulière gravité de la méconnaissance par le législateur des exigences constitutionnelles². Cette solution s'inscrit pleinement dans la continuité de l'attachement de la doctrine pénaliste au principe de publicité des audiences pénales, traditionnellement considéré comme une garantie essentielle du procès pénal³. Elle peut également paraître inspirée par le respect des exigences de l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme relatif au droit à un procès équitable⁴. Ainsi, quels que soient les regrets que d'aucuns nourriront quant à l'absence de censure supplémentaire, force est de constater que le Conseil ne s'est

¹ A l'attention des personnes peu familières des décisions du Conseil constitutionnel, rappelons qu'à l'instar des jugements rendus par les juridictions administratives, les jugements du Conseil sont structurés en « considérant » que le Conseil a pris l'habitude de numéroter. L'abréviation « cons. 70 » renvoie donc au soixante dixième considérant de la décision.

² Respectivement, sont ainsi concernés le principe d'égalité des citoyens devant la loi, le principe de nécessité des peines, l'interdiction des rigueurs non strictement nécessaires lors des arrestations et enfin, le principe même de l'existence d'une garantie des droits.

³ Depuis BECCARIA, BENTHAM ou VOLTAIRE, la présence du public aux audiences pénales est unanimement considérée comme une garantie pour la personne poursuivie en ce qu'elle prévient d'une part une justice expéditive qui négligerait l'examen des pièces du dossier, et d'autre part, une justice inique qui prononcerait des peines manifestement injustifiées. On peut ajouter que le caractère public est un outil essentiel de la confiance des citoyens dans l'institution judiciaire, dès lors que toute procédure secrète fait naître la suspicion.

⁴ « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement, et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, (...) de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle ».

pas comporté en simple spectateur et qu'il s'est opposé de la manière la plus radicale à l'entrée en vigueur d'une partie du dispositif de la loi contrôlée.

Mais la marque du Conseil sur le projet de loi ne s'arrête pas là. La Haute juridiction ne s'est en effet pas borné à censurer deux dispositions pour ensuite décerner un « blanc-seing de constitutionnalité » au reste du dispositif législatif contrôlé. Utilisant sa technique habituelle des « réserves d'interprétation »¹, il n'admet la conformité de plusieurs éléments de ce dispositif que sous réserve qu'on en retienne l'interprétation qu'il énonce à leur propos. Ainsi, sans s'opposer à l'entrée en vigueur de ces dispositions, le Conseil encadre leur portée. Eu égard à l'article 62 de la Constitution², ces interprétations s'imposent par principe aux autorités chargées de mettre en œuvre la loi, à savoir les autorités de police judiciaire, les procureurs et magistrats instructeurs chargés de la mise en œuvre de la loi. Mais, plutôt qu'un outil de coercition du Conseil à l'égard des juges ordinaires, il faut surtout regarder ces réserves comme des outils offerts aux mêmes juges ordinaires pour justifier une interprétation de la loi s'écartant de sa signification littérale et se montrant plus favorable à la protection des droits et des libertés fondamentaux des citoyens. Il appartient ainsi tout d'abord aux magistrats du siège de s'en prévaloir lorsque celles-ci soulignent leurs prérogatives par rapport aux procureurs. Il appartient de la même manière aux chambres de l'instruction des cours d'Appel et à la chambre criminelle de la Cour de cassation de les invoquer pour interpréter les nouvelles dispositions introduites dans le code de procédure pénale (cpp) dans un sens favorable aux personnes poursuivies ainsi qu'elles l'ont déjà fait à diverses reprises de manière implicite mais nécessaire³. Ainsi, loin d'être platoniques, et même si elles ne lèvent pas toutes les inquiétudes – loin s'en faut –, ces réserves peuvent peser sur la mise en œuvre de la loi entrée en vigueur. La chose paraît d'ailleurs d'autant plus intéressante que ces réserves concernent de nombreux aspects du texte contrôlé. La plupart d'entre elles concernent le régime spécifique de la procédure applicable à la criminalité et à la délinquance organisées (I). D'autres intéressent la procédure de « comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité », plus couramment qualifiée de « plaider coupable » (II).

¹ A. VIALA, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, L.G.D.J., Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, tome 92, 1999.

² « *Les décisions du Conseil constitutionnel (...) s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles* ».

³ Pour des exemples d'utilisation des réserves d'interprétation par ces juges, voir notamment Cass., crim., 3 juillet, 1989, R..., pourvoi n°88-87, non publié (arrêt dans lequel la Cour vérifie le respect d'une réserve d'interprétation énoncé dans la décision du Conseil constitutionnel n°86-214 DC du 3 septembre 1986) ; Cass., crim., 15 mai 1990, *Directeur général des impôts c/Société Brumar*, Bull. IV, n°151, p. 100 (cet arrêt, 728 D a été suivi de 8 autres arrêts identiques numérotés 728 D à 735 D).

I/ LES RÉSERVES RELATIVES AU RÉGIME SPÉCIFIQUE DE LA PROCÉDURE APPLICABLE À LA CRIMINALITÉ ET À LA DÉLINQUANCE ORGANISÉES

Schématiquement présenté, ce régime se compose de deux éléments essentiels. Tout d'abord, un nouvel article 706-73 du ncpp dresse la liste des crimes et délits relevant de la catégorie de la criminalité et de la délinquance organisées. Ensuite, d'autres dispositions du même code viennent prévoir que la recherche des auteurs de ces infractions utilise des modalités d'enquête, de poursuite, d'instruction et de jugement dérogatoires aux modalités de droit commun, marquées par un élargissement des prérogatives des autorités judiciaires, au détriment des garanties habituelles des citoyens. D'une manière générale, le Conseil constitutionnel admet que la gravité des crimes et délits mentionnés par cette liste, tout comme les difficultés que présente la poursuite de leurs auteurs, justifient ces règles de procédure pénale spéciales. Il estime par ailleurs que les dispositifs spéciaux d'investigations prévus par le législateur sont conformes à la Constitution. Toutefois, cette conclusion se trouve subordonnée à la formulation de réserves d'interprétation relatives non seulement au contenu de la liste des infractions relatives à la criminalité et la délinquance organisées (A), mais encore aux modalités de mise en œuvre des procédures exceptionnelles d'investigation (B).

A/ L'encadrement du champ d'application des procédures d'exceptions

Le champ d'application de ces procédures est défini par le nouvel article 706-73 du cpp au travers d'une énumération de quinze infractions. Deux de ces infractions font l'objet de réserves d'interprétation qui limitent la possibilité de recourir aux procédures d'exceptions lorsqu'elles sont en cause (1°). Sans formuler de réserve formelle en la matière, le Conseil fournit par ailleurs quelques indices relatifs à la signification de la notion de « bande organisée » largement utilisée par l'article 706-73 précité (2°).

1° Les deux réserves expresses formulées par le Conseil

Elles concernent la notion de vol commis en bande organisée (a) et le délit d'aide à l'entrée, la circulation et le séjour irréguliers d'un étranger (b).

a) Le crime de vol commis en bande organisée

Cette infraction est mentionnée au point 7 de la liste de l'article 706-73 qui vise « *le crime de vol commis en bande organisée qui, en vertu, de l'article 311-9 du code pénal, est passible de quinze et trente ans de réclusion criminelle* ». Selon le Conseil, « *si le vol commis en bande organisée trouve sa place dans cette liste, il ne saurait en être ainsi que s'il présente des éléments de gravité suffisants pour justifier les mesures dérogatoires en matière de procédure pénale prévues à l'article 1er de la loi déferée ; que, dans le cas contraire, ces procédures spéciales imposeraient une rigueur non nécessaire au sens de l'article 9 de la Déclaration de 1789 ; qu'il appartiendra à l'autorité judiciaire d'apprécier l'existence de tels éléments de gravité dans le cadre de l'application de la loi déferée* » (cons. 17). Ainsi, selon le Conseil, tout vol commis en bande organisée ne justifie pas nécessairement la mise

en œuvre des procédures d'exception. Il convient pour ce faire qu'il présente « *des éléments de gravité suffisants* » dont l'autorité judiciaire doit contrôler l'existence avant d'autoriser l'utilisation de ces procédures d'exception, et dont l'absence peut par conséquent être ensuite invoquée pour mettre en cause la légalité de l'utilisation de ces procédures.

La difficulté qui se pose ici est bien sur de déterminer les éléments constitutifs d'un vol aggravé en regrettant le laconisme du Conseil en la matière. Quelques pistes paraissent toutefois pouvoir être évoquées à partir des dispositions de l'article 311-19 du code pénal auquel l'article L. 707-73 fait référence. Partant d'une peine maximale de 15 ans de réclusion criminelle pour des crimes de vol sans circonstance aggravante, cette disposition prévoit que la peine maximum est portée à 20 si le vol « *est précédé, accompagné ou suivi de violences sur autrui* », et à 30 ans « *lorsqu'il est commis avec usage ou menace d'une arme, par une personne porteuse d'une arme soumise à autorisation ou dont le port est prohibé* ». Il semble alors permis de penser que c'est à ces circonstances que le Conseil fait implicitement référence dans sa décision. D'une manière plus générale, on peut penser que le Conseil a ici entendu exclure l'utilisation des procédures d'exception s'agissant de faits habituellement considérés comme relevant de la « petite délinquance », s'agissant notamment de vol de biens de faible valeur monétaire commis par des mineurs désœuvrés. Il appartiendra *in fine* à la Cour de cassation de préciser les contours de notion « d'éléments de gravité suffisants ». Mais, il existe ici à l'évidence un terrain à exploiter pour les avocats.

b) Le délit d'aide à l'entrée, circulation et séjour irrégulier d'un étranger commis en bande organisée

Ce délit est visé par le point 13 de la liste mentionnée par l'article 706-73 cpp. Cette disposition vise en effet « *les délits d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers d'un étranger en France commis en bande organisée prévus par le quatrième alinéa du I de l'article 21 de l'ordonnance du 2 novembre susvisée* »¹, punis par l'article 21 bis de la même ordonnance de dix ans d'emprisonnement. Elle fait l'objet d'une double réserve d'interprétation. En effet, selon le Conseil, « *il ressort des termes mêmes de l'article 706-73 nouveau du code de procédure pénale que le délit d'aide au séjour irrégulier d'un étranger en France commis en bande organisée ne saurait concerner les organismes humanitaires d'aide aux étrangers ; que, de plus, s'applique à la qualification d'une telle infraction le principe énoncé à l'article 121-3 du même code, selon lequel il n'y a point de délit sans intention de le commettre* » (cons. 18).

Ainsi, tout d'abord, les procédures d'exception ne sauraient être utilisées à l'encontre des associations humanitaires qui viennent en aide à des étrangers en situation irrégulière sur le territoire français. Le Conseil reprend ici à son compte

¹ Ord. n°45-2652 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers. Une version consolidée est disponible sur legifrance.gouv.fr, signet « lois et règlements », puis « Sélection de textes fondamentaux ».

une observation en défense présentée par le Gouvernement¹ et selon laquelle « Cette infraction, eu égard aux termes qui la définissent, ne vise évidemment pas des associations dont l'objet serait de faciliter l'intégration des étrangers en France mais entend réprimer les actions illicites des réseaux organisés de passeurs ». On peut être circonspect quant à l'affirmation par le Conseil selon laquelle cette précision ressort « des termes de l'article 706-73 ». Elle n'en est pas moins clairement identifiée par le Conseil et, en cela, directement opposable à la mise en œuvre des nouvelles procédures d'exception. Il appartient aux avocats de s'en prévaloir le cas échéant si les autorités judiciaires l'oubliaient.

Mais, c'est ici la seconde réserve relative au caractère nécessairement intentionnel de l'infraction qui paraît devoir retenir l'attention. Il écarte en effet toute possibilité de considérer qu'il existe un délit objectif d'aide aux étrangers en situation irrégulière. Les autorités policières et judiciaires semblent alors tenues d'établir que l'intéressé a eu connaissance de cette irrégularité pour mettre régulièrement en œuvre les procédures d'exceptions portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité. En d'autres termes, la régularité de l'utilisation de ces procédures paraît pouvoir être contestée dès lors que cette intention ne pouvait être établie à la date où elles ont été mises en œuvre. La chose peut paraître ici remarquable : l'existence, ou la quasi-certitude de leur existence, des éléments constitutifs de l'infraction deviennent une condition de la mise en œuvre des nouvelles procédures d'exceptions. Elle n'en est pas moins logique dès lors que le champ d'application de ces procédures est précisément défini par rapport à la volonté de ne poursuivre qu'un nombre d'infractions limité.

2°/ Les précisions relatives à la notion de « bande organisée »

La notion de « bande organisée » représente un élément central de la définition du champ d'application des procédures d'exceptions créées par la loi. Elle intervient en effet dans la définition de six des quinze infractions visées par le nouvel article 706-73 du cpp². Les parlementaires qui ont saisi le Conseil constitutionnel ont vivement mis en cause l'utilisation de cette notion pour définir le champ d'application des nouvelles procédures d'investigation. Selon eux, son imprécision est clairement mise en évidence par la jurisprudence relative à son utilisation en qualité de circonstance aggravante. Or, cette imprécision interdit *a fortiori* de l'utiliser *ab initio* pour déclencher des procédures d'investigations notablement réductrices des garanties habituellement reconnues aux citoyens. La notion ne représente en effet plus un élément accessoire, qui intervient à l'issue

¹ La chose surprendra sûrement un lecteur peu familier du contentieux constitutionnel. Ce n'est en effet pas un organe parlementaire, mais le gouvernement, qui assure la défense de la loi adoptée par le Parlement lorsque la conformité à la Constitution de celle-ci est mise en cause devant le Conseil constitutionnel.

² Crime de meurtre en bande organisée (1°) ; crime de torture et d'actes de barbarie commis en bande organisée (2°) ; crimes et délits d'enlèvement et de séquestration commis en bande organisée (4°) ; crime de vol commis en bande organisée (7°) ; crime de destruction, dégradation et détérioration d'un bien commis en bande organisée (9°).

d'une procédure juridictionnelle présentant toutes les garanties du procès équitable, et alors que les éléments constitutifs d'une infraction sont auparavant établis. Elle devient l'élément déterminant qui conditionne l'usage de procédures d'exception. Son imprécision devient alors beaucoup plus problématique au regard de la nécessaire garantie des droits et libertés des citoyens. La définition qu'en offre l'article 132-71 du code pénal¹ repose en effet sur un critère psychologique tenant à la préméditation de l'infraction qu'il est particulièrement malaisé d'établir au stade d'une enquête préliminaire, et même au stade de l'enquête de flagrance, même si celle-ci doit être matérialisée par « *un ou plusieurs faits* ». La mise en œuvre de procédures d'exceptions se trouve donc subordonnée à un élément particulièrement subjectif, exposant de ce fait les citoyens à un usage non suffisamment encadré.

Faisant siennes les observations en défense présentées par le Gouvernement, le Conseil considère pour sa part que la notion « *n'est ni obscure, ni ambiguë* » dès lors, d'une part, qu'elle existe depuis des décennies dans le code pénal en qualité de circonstance aggravante, et que, d'autre part, eu égard à la définition précitée qu'en offre l'article 132-71 du code pénal, elle « *se distingue ainsi de la notion de réunion ou de coaction* » (cons. 14). Le Conseil refuse donc de prendre en compte les craintes de saisissants quant au caractère essentiellement psychologique de la notion qui repose finalement sur l'appréciation par les autorités judiciaires de la préméditation de l'infraction, surtout au stade de l'enquête préliminaire. Il n'en reconnaît pas moins que le critère déterminant de cette notion est précisément cet élément psychologique. C'est donc sur le terrain de l'absence d'élément matériel permettant de conclure à la préméditation, au moment où ces procédures sont engagées, qu'il conviendra d'essayer de mettre en cause leur usage. Selon l'habitude – et l'article 173 cpp –, la contestation en la matière devra être portée devant la chambre de l'instruction de la Cour d'Appel, afin qu'elle constate le cas échéant la nullité des investigations menées en l'absence de « bande organisée ».

B/ L'encadrement de la mise en œuvre des procédures exceptionnelles d'investigation

La loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité met en place un arsenal processuel remarquable au service de la prévention et la répression des infractions mentionnées par le nouvel article 706-73 cpp. Ces innovations concernent en effet tout à la fois la possibilité de prolonger la durée de garde à vue des majeurs et des mineurs, de retarder l'intervention de l'avocat lors de la même garde à vue, de perquisitionner la nuit, et, dans certaines conditions, dans des locaux à usage d'habitation, et enfin « d'espionner » la vie des personnes au moyen des technologies audiovisuelles modernes. Chacune de ces nouvelles « armes » est jugée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel. Cette conformité est toutefois assortie de trois réserves d'interprétation relatives au report de l'intervention de l'avocat (1°), aux conditions de perquisitions de nuit dans des

¹ « *Constitue une bande organisée au sens de la loi tout groupement formé ou toute entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'une ou de plusieurs infractions* ».

locaux d'habitation (2°) et enfin du contenu du dossier d'enquête en cas d'usage des procédés techniques d'interception des conversations (3°).

1°/ La réserve relative au report de l'intervention de l'avocat

Au terme de la nouvelle rédaction de l'article 63-4 cpp, la personne gardée à vue dans le cadre d'une enquête relative à des infractions relevant de la criminalité et de la délinquance organisées n'a droit à un entretien avec un avocat qu'à l'issue d'un délai de 48 heures, ou même de 72 heures pour deux d'entre elles¹. Relevant que le code de procédure pénale prévoit déjà le report de l'intervention de l'avocat à la trente-sixième heure de garde à vue pour la plupart des infractions incriminées, le Conseil valide l'augmentation du report à 48 ou 72 heures compte tenu de « *la gravité et la complexité des infractions concernées* » (cons. 32). Mais il ajoute immédiatement, ce qui n'était pas spécifié par le texte de la loi, que la décision de pratiquer un tel report n'appartient pas à l'officier de police judiciaire (OPJ) mais au seul procureur saisi par l'OPJ. Dans le cadre d'une interprétation manifestement constructive, le Conseil considère en effet qu'en prévoyant que « *Le procureur est avisé de la qualification des faits retenue par les enquêteurs dès qu'il est informé par ces derniers du placement en garde à vue* » (art. 63-4 cpp), « *le législateur a nécessairement entendu que ce magistrat, (...) contrôle aussitôt cette qualification ; que l'appréciation initialement portée par l'officier de police judiciaire en ce qui concerne le report éventuel de l'intervention de l'avocat au cours de la garde à vue est ainsi soumise au contrôle de l'autorité judiciaire et ne saurait déterminer le déroulement ultérieur de la procédure* » (cons. 33). Ce n'est donc qu'à la condition que le procureur valide l'intention de l'OPJ de se placer dans le cadre d'une enquête relative à la criminalité et de délinquance organisées que l'intervention de l'avocat peut être retardée. L'expression « *le procureur est avisé* » ne saurait en aucun cas exclure le contrôle du parquet sur la qualification initialement retenue par l'OPJ. Le Conseil invite ainsi non seulement les procureurs à être vigilants en la matière, mais encore les OPJ à solliciter le parquet dans les meilleurs délais.

Le législateur ne prévoit aucun formalisme particulier quant au contrôle exercé par le procureur. Il semble alors que l'avocat désireux de s'entretenir avec une personne en garde à vue, et auquel est opposée l'application du nouvel article 63-4 cpp, doive se contenter de la parole de l'OPJ qui l'assurera de l'intervention du parquet.

2°/ La réserve relative aux perquisitions de nuit dans des locaux à usage d'habitation

Dès lors que des infractions liées à la criminalité et la délinquance organisées sont en cause, la loi « Perben II » élargit les possibilités de procéder à des perquisitions, visites domiciliaires et saisies de pièces à convictions. Cet élargissement intervient dans des conditions différentes selon que ces investigations interviennent dans le cadre d'une enquête de flagrance, d'une enquête préliminaire

¹ Crimes et délits de trafic de stupéfiants ; crimes et délits constituant des actes de terrorisme.

ou d'une instruction. Dans cette dernière hypothèse, la loi nouvelle prévoit qu'elles peuvent être nocturnes et concerner des locaux d'habitation dans trois hypothèses : crimes ou délits flagrant ; existence d'un « *risque immédiat de disparition des preuves ou des indices matériels* » ; ou « *lorsqu'il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'une ou plusieurs personnes se trouvant dans les locaux où la perquisition doit avoir lieu sont en train de commettre des crimes ou des délits entrant dans le champ d'application de l'article 706-73* ». Soucieux de protéger l'effectivité du principe d'inviolabilité du domicile, le Conseil précise que « *la notion de "risque immédiat de disparition de preuves ou d'indices matériels" doit s'entendre comme ne permettant au juge d'instruction d'autoriser une perquisition de nuit que si celle-ci ne peut être réalisée dans d'autres circonstances de temps* » (cons. 56). La régularité du recours à cette deuxième hypothèse de perquisitions nocturnes de locaux d'habitation se trouve donc subordonnée à une stricte nécessité que les preuves ou indices ne puissent être raisonnablement recueillis lors de perquisitions antérieures à 21 heures ou postérieures à 6 heures. Deux conditions cumulatives semblent donc devoir être réunies. La première tient à l'impossibilité de procéder à la perquisition avant 21 heures. Cette condition se trouve à l'évidence satisfaite dans l'hypothèse où la mesure intervient sur la base d'informations recueillies postérieurement à 21 heures, notamment à l'occasion de la garde à vue de l'auteur de l'infraction, d'un complice ou d'un tiers « bien informé ». Elle semble également pouvoir l'être si les informations sont recueillies avant 21 heures, mais à la condition que la perquisition ne puisse avoir lieu avant cet horaire en raison d'impératifs matériels, comme le temps nécessaire à l'obtention de l'autorisation délivrée par le juge d'instruction, le temps nécessaire à la mobilisation des forces de police nécessaires à l'opération ou la durée de transport sur les lieux. La seconde condition tient à la nécessité de procéder à la perquisition avant 6 heures du matin. Selon les termes mêmes des nouvelles dispositions du code de procédure pénale, la mesure a pour but d'obvier le « *risque immédiat de disparition des preuves ou des indices matériels* ». Le sens général de la condition s'entend bien : il est urgent d'intervenir, sous peine de voir des preuves ou des indices disparaître d'ici 6 heures du matin. Sous peine que la condition soit toujours satisfaite – et par conséquent réduite à néant –, il convient non seulement que le risque invoqué présente un degré suffisant de prévisibilité, mais encore que sa réalisation puisse être considérée comme imminente. L'appréciation de cette prévisibilité et de cette imminence présente un caractère évidemment délicat. C'est toutefois à ce prix, selon le Conseil, que l'exigence constitutionnelle d'inviolabilité du domicile ne se trouve pas méconnue par la loi « Perben II ». L'argument paraît pouvoir être utilement invoqué devant les chambres de l'instruction.

3°/ La réserve relative au contenu du dossier d'enquête en cas d'utilisation des techniques d'interception des conversations

Toujours dans le cadre d'instructions relatives à la criminalité et la délinquance organisées, les magistrats instructeurs se trouvent habilités à autoriser les APJ et OPJ à mettre en place des dispositifs techniques ayant pour objet, bien sur

sans le consentement des intéressés, l'interception de paroles prononcées par une ou plusieurs personnes à titre privé ou confidentiel, dans des lieux ou véhicules privés ou publics ainsi que la photographie d'une ou plusieurs personnes se trouvant dans un lieu privé. Jugeant à nouveau que la gravité des infractions en cause justifie les atteintes portées au respect de la vie privée et à l'inviolabilité du domicile, le Conseil assortit sa déclaration de conformité à la conservation dans le dossier d'enquête des seules informations utiles à l'instruction en cours, à l'exclusion de toutes autres informations. Il considère en effet que « *l'article 706-101 nouveau du code de procédure pénale limite aux seuls enregistrements utiles à la manifestation de la vérité le contenu du procès-verbal, établi par le juge d'instruction ou l'officier de police judiciaire commis par lui, qui décrit ou transcrit les images ou les sons enregistrés ; que, dès lors, le législateur a nécessairement entendu que les séquences de la vie privée étrangères aux infractions en cause ne puissent en aucun cas être conservées dans le dossier de la procédure* » (cons. 65). La mise en œuvre de ces procédés d'investigation ne doit donc pas être l'occasion pour les autorités policières « d'engranger » des informations relatives à la vie privée des intéressés, notamment dans la perspective de faciliter de futures enquêtes. Les procès-verbaux apparaissant dans le dossier d'enquête ne sauraient ainsi se borner à une compilation scrupuleuse de l'intégralité des informations recueillies. Leur contenu participe au contraire d'un nécessaire tri pour que ne subsistent que les informations susceptibles d'être utiles à l'instruction en cours. A partir du moment où ils ont accès au dossier, il appartient aux avocats des personnes poursuivies de mettre en cause la présence des informations étrangères à ce dessein devant la chambre de l'instruction.

II/ LES RÉSERVES RELATIVES À LA PROCÉDURE DE COMPARUTION SUR RECONNAISSANCE PRÉALABLE DE CULPABILITÉ

S'inspirant d'une procédure anglo-saxonne, la loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité introduit une procédure dite de « comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité » dont le régime est consigné aux articles 495-7 à 495-16 du cpp. Cette procédure a pour objet d'accélérer le jugement des délits punis d'une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à cinq ans dès lors que le prévenu reconnaît sa culpabilité. Dans cette hypothèse, le procureur fait une proposition de peine à l'intéressé et, si celui-ci l'accepte, l'accord est homologué par un magistrat du siège. Nous avons précédemment observé que le Conseil constitutionnel est intervenu pour imposer le caractère public des audiences d'homologation, alors que le texte contrôlé prévoyait un jugement « *en chambre du conseil* ». Visiblement suspicieux à l'égard de cette procédure nouvelle, la Haute juridiction s'est encore davantage appliquée à écarter la possibilité que cette procédure prenne la forme d'un face à face entre prévenu et procureur dont avocat et juge de l'homologation resteraient spectateurs. Le Conseil constitutionnel a ainsi tenu à affirmer non seulement le rôle éminent du juge de l'homologation (A), mais encore l'omniprésence de l'avocat au cours de la procédure (B).

A/ Le rôle éminent du juge de l'homologation

Se prévalant de l'exigence constitutionnelle relative à la séparation des autorités chargées de l'action publique et des autorités de jugement, le Conseil se livre à une remarquable opération de promotion des compétences du juge de l'homologation, se refusant manifestement à considérer que son rôle se borne à ratifier le résultat de la négociation intervenue entre le procureur et le prévenu. Tout au contraire, le Conseil démontre que le magistrat du siège reste l'acteur essentiel de la procédure sous le contrôle duquel travaille le procureur.

Ainsi, tout d'abord, le Conseil affirme par deux fois que le juge de l'homologation n'est en rien lié par le résultat de la négociation entre le procureur et l'intéressé. Il énonce ainsi que « *si la peine est proposée par le parquet et acceptée par l'intéressé, seul le président du tribunal de grande instance peut homologuer cette proposition* » dès lors « *qu'il lui appartient à cet effet de vérifier la qualification juridique des faits et de s'interroger sur la justification de la peine au regard des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur* » (cons. 107). Il considère ensuite à nouveau que « *le juge du siège n'est lié ni par la proposition du procureur, ni par son acceptation par la personne concernée* » (cons. 111). Le juge de l'homologation est libre de remettre en cause tant le choix de l'incrimination retenue que l'adéquation de la peine négociée aux caractéristiques de l'infraction commise. En outre, le juge de l'homologation doit « *s'assurer que l'intéressé a reconnu librement et sincèrement être l'auteur des faits et de vérifier la réalité de ces derniers* » (cons. 111). Et, comme si cette mission n'est pas assez claire, le Conseil ajoute que « *s'il rend une ordonnance d'homologation, (...) le juge devra donc vérifier non seulement la réalité du consentement de la personne mais également sa sincérité* » (cons. 111). C'est donc tout à la fois les appréciations du procureur et du prévenu que le juge de l'homologation peut remettre en cause. Les avocats, le cas échéant, pourront rappeler au juge de l'homologation les prérogatives qui sont les siennes face au procureur comme face aux aveux du prévenu dans le but d'obtenir un jugement de leur client lors d'une audience correctionnelle ordinaire. Le refus d'homologation n'entraîne en effet pas l'abandon des poursuites, mais seulement l'abandon de la procédure exceptionnelle de jugement dite du « plaider coupable ».

Ensuite, de manière particulièrement remarquable, le Conseil énonce une sorte de « mode d'emploi du refus d'homologation » à l'usage du juge compétent en la matière. Le Conseil indique ainsi, d'une part, qu'il peut refuser l'homologation « *s'il estime que la nature des faits, la personnalité de l'intéressé, la situation de la victime ou les intérêts de la société justifient une audience correctionnelle ordinaire* » (cons. 107). La diversité et la généralité de ces motifs érigent ainsi le juge de l'homologation en décideur de l'opportunité de régler les poursuites au moyen de la procédure d'exception créée par le législateur. D'autre part, le Conseil ajoute que l'homologation peut encore être refusée « *si les déclarations de la victime apportent un éclairage nouveau sur les conditions dans lesquelles l'infraction a été commise ou sur la personnalité de son auteur* » (cons. 107). Le Conseil prend ici en

considération la circonstance que la victime, dûment accompagnée de son avocat, est invitée à comparaître devant le juge de l'homologation afin de se constituer partie civile et demander réparation de son préjudice. Celle-ci peut donc présenter devant le juge de l'homologation des éléments qui ne sont donc pas intervenus lors de la négociation entre le procureur et le prévenu. A nouveau, les avocats peuvent utilement se prévaloir de ces interprétations pour qu'un jugement intervienne selon la procédure correctionnelle ordinaire.

B/ L'omniprésence de l'avocat

De lui-même, le législateur a prévu que tant la reconnaissance de culpabilité que la proposition de la peine doivent avoir lieu en présence de l'avocat du prévenu (nouveaux art. 495-8 et -9 cpp). Le texte de loi adopté par le Parlement prévoit en outre que le prévenu peut consulter son avocat, hors la présence du procureur de la République, avant de faire connaître sa décision (nouvel art. 495-8). Certainement soucieux d'écarter toute interprétation de ces dispositions de nature à restreindre leur portée, le Conseil affirme l'omniprésence de l'avocat au cours de la procédure. De manière liminaire, il rappelle très expressément le caractère « *obligatoire* » de la présence de l'avocat « *tout au long de la procédure* » (cons. 108). Il offre ensuite un tableau particulièrement détaillé de ses chefs d'intervention. En premier lieu, « *l'avocat sera présent lorsque l'intéressé reconnaîtra les faits, qu'il recevra la proposition de peine du procureur de la République, qu'il acceptera ou refusera cette proposition et, en cas d'acceptation, qu'il comparaitra devant le président du tribunal de grande instance* » (ibid). En deuxième lieu, « *l'avocat pourra librement communiquer avec son client et consulter immédiatement le dossier de la procédure* » (ibid). L'avocat a donc notamment la possibilité de s'entretenir avec son client de l'opportunité d'utiliser le délai de dix jours prévu par la loi avant de donner ou de refuser son accord à la proposition du procureur de la République. Il doit encore tout aussi librement être en mesure de s'entretenir avec lui, dans l'hypothèse où l'homologation intervient, de l'opportunité de faire appel de la condamnation. Le Conseil constitutionnel, certainement à la suite des nombreuses interrogations formulées en la matière, a pris soin d'affirmer la plénitude de jouissance des droits de la défense dans le cadre de cette nouvelle procédure de « *plaider coupable* ».

Conclusion

La décision du Conseil constitutionnel n'a pas « lavé » le projet de loi adopté par le Parlement de toutes les inquiétudes que les nouvelles procédures relatives à la lutte contre la criminalité et la délinquance organisée peuvent légitimement faire naître dans l'esprit des citoyens attachés à la défense de la liberté individuelle et du droit au procès équitable. Mais la « vérité » du nouveau dispositif dépend de la manière dont il sera mis en pratique par les autorités de police judiciaire, le parquet et les magistrats du siège. Il dépend tout autant de la vigilance des avocats. Il importait surtout ici de noter que, face aux nouvelles prérogatives de la police

judiciaire, du parquet et des magistrats instructeurs, le Conseil constitutionnel fournit un certain nombre d'outils aux juges du siège, comme aux avocats, pour faire en sorte que les nouvelles procédures introduites par cette loi contribuent à l'accroissement de l'efficacité de l'édifice judiciaire, s'agissant de la recherche et du jugement des auteurs d'infractions les plus graves, sans que cette amélioration n'intervienne au détriment des droits et libertés fondamentaux des citoyens. De la même manière, s'agissant de la nouvelle procédure dite du « plaider coupable », le Conseil a tenu à préserver l'équilibre nécessaire entre, d'une part, la volonté du législateur d'accélérer le jugements des « petits délits » et, d'autre part, la protection des droits de défense dont chacun doit bénéficier dans une société démocratique.

3^{ème} partie
Jurisprudence

