

# Jessaimé

Syndicat de la magistrature - BP 155 - 75523 Paris cedex 11

01-48-05-47-88

syndicat.magistrature@wanadoo.fr

syndicat-magistrature.org

M. Le Président du Conseil Constitutionnel  
Mesdames, Messieurs les membres du Conseil,  
2, rue Montpensier  
75001 Paris

## ***Observations du Syndicat de la magistrature sur la constitutionnalité de la loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité***

La prise en compte, dans notre droit pénal et notre procédure pénale, des droits fondamentaux de la personne résultant notamment de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, a été le résultat d'un long cheminement.

L'institution, dans le cadre de la Constitution de la V<sup>e</sup> République, d'un contrôle de constitutionnalité et la consécration expresse, par le Conseil constitutionnel à partir de 1971 de la valeur constitutionnelle des dispositions de la Déclaration de 1789 et du Préambule de la Constitution de 1946 ainsi que des principes fondamentaux consacrés par les lois de la République auxquels ce dernier renvoie, ont ouvert la voie à l'élaboration jurisprudentielle d'un véritable droit constitutionnel de la justice pénale.

Au fil de décisions souvent remarquées, se sont dégagés des principes dans le respect desquels doivent s'inscrire les règles de droit pénal et de procédure pénale élaborées par le législateur au titre de l'article 34 de la Constitution.

Ces principes, pour l'essentiel, se traduisent par des exigences très strictes quant à l'égalité de tous devant la justice pénale, quant à la légalité des délits et des peines, quant à la nécessité et la proportionnalité tant des peines que des dispositifs procéduraux comportant des atteintes aux libertés individuelles, quant à la nature et l'effectivité des garanties assurées aux personnes pour la sauvegarde de leurs droits et, à cet égard, quant aux contrôles qui doivent être exercés sur les différents acteurs de la procédure pénale.

Sous ce dernier aspect, la protection de la liberté individuelle par l'autorité judiciaire, dont l'indépendance est consacrée et précisément définie dans ses conséquences, le respect des attributions exclusives des juges pour le jugement des infractions à travers le principe de séparation des autorités de poursuite et des autorités de jugement, le contrôle que doivent exercer sur la police judi-

ciaire les juges, mais aussi les magistrats du parquet, membres de l'autorité judiciaire, les droits de la défense reconnus, dès le début de la procédure, à toute personne, revêtent une importance particulière dans la jurisprudence constitutionnelle, qui insiste non seulement sur l'obligation formelle pour le législateur de s'y conformer, mais aussi, et surtout, sur la nécessité pour lui d'assurer les conditions d'un exercice effectif des droits et des contrôles exigés par la Constitution.

Cet édifice, progressivement et minutieusement construit par votre Conseil, est gravement menacé par le texte de la loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité qui vient d'être définitivement adopté par le Parlement.

Celui-ci tend à mettre en place un état d'exception permanent à travers un dispositif procédural dérogatoire caractérisé par un accroissement excessif des pouvoirs d'investigation de la police judiciaire au détriment des droits de la défense, mais avec un champ d'application aux limites très imprécises. Ce texte transfère des attributions des juges vers le parquet, dont la subordination hiérarchique renforcée à l'égard du ministre de la Justice, promu chef de l'action publique, rend illusoire la participation de ses membres à la garantie de la liberté individuelle, il réduit de façon systématique le périmètre d'intervention des juges, seuls magistrats bénéficiant d'une indépendance statutaire.

L'importance des bouleversements qu'apporte le texte de loi à notre procédure pénale, la gravité des atteintes qu'il porte aux principes constitutionnels qui l'avaient peu à peu structurée, conduisent à se demander s'il ne place pas la société dans l'état où « la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée », soit un état où la société, selon l'article 16 de la Déclaration de 1789, « n'a point de constitution », un état où des éléments essentiels à la protection des libertés individuelles risquent désormais de faire défaut.

Cette situation justifie que nous dénonçons à votre haute instance, à l'occasion de sa saisine concernant la loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, les inconstitutionnalités que ce texte comporte et qui ne peuvent être admises comme le simple prix à payer pour consacrer plus fortement le droit à la sécurité.

L'expérience qui est la nôtre de la pratique du droit et de la procédure pénale justifie que nous appelions tout spécifiquement votre attention sur les conséquences que risquent d'avoir certaines dispositions de cette loi si elle était promulguée en l'état. Selon nous, ce texte généralise en fait le recours à des dispositifs d'exception attentatoires aux libertés individuelles (I), instaure des contrôles illusoires exercés par un juge du siège alibi (II) et enfin accroît le rôle des parquets en matière individuelle tout en renforçant la subordination hiérarchique à l'égard du ministre de la Justice (III).

## I – Ce texte généralise en fait le recours à des dispositifs d'exception attentatoires aux libertés individuelles.

Au nom d'un droit à la sécurité et sous couvert de lutter contre la criminalité organisée, on observe la création sur le plan procédural d'un dispositif d'exception susceptible de s'appliquer à de nombreuses hypothèses autres que celles relevant de la criminalité organisée sans qu'aucun contrôle, effectif et réel, ne soit prévu pour prévenir ou sanctionner les détournements de procédure et protéger par ce biais les libertés individuelles.

Au nom de ce même droit à la sécurité se confirme la tendance à la généralisation des fichiers. Par la création du « fichier automatisé des auteurs d'infractions sexuelles », sous couvert de la volonté de protection des « victimes potentielles », le législateur met en place un outil disproportionné qui représente, sans véritable nécessité, une atteinte excessive aux droits fondamentaux.

### I.1 Un dispositif procédural d'exception qui favorise les détournements de procédure

Les articles 706-73 et 706-74 nouveaux du Code de procédure pénale prévoient pour un certain nombre d'infractions un régime procédural dérogatoire au régime de droit commun. Le dénominateur commun de ces infractions est la référence à la notion de « bande organisée ». Le pouvoir d'incrimination devant être limité par la nécessaire conciliation entre les exigences d'ordre public et la garantie des droits constitutionnellement protégés, la référence imprécise à la notion juridique de « bande organisée » apparaît d'autant plus insuffisante pour justifier un régime d'exception que le législateur n'a pas instauré, en contrepartie, un régime permettant d'en contrôler l'utilisation ou d'en sanctionner l'abus.

L'article 706-73 nouveau du Code de procédure pénale issu de la loi déferée au Conseil énumère un certain

nombre d'infractions désormais soumises au régime particulier de la procédure pénale applicable à la criminalité et à la délinquance organisées. En outre, l'article 706-74 nouveau du même Code prévoit l'application d'une partie de ces nouvelles dispositions procédurales pour d'autres infractions lorsque la loi l'énonce. On peut s'étonner que ce texte, qui a pour objet la lutte de la criminalité organisée, se réfère uniquement aux infractions commises en « bande organisée » et que, par ce glissement sémantique de la notion criminologique de « criminalité organisée » à la notion « d'infraction en bande organisée » définie par notre droit pénal, le législateur fasse l'économie d'une définition stricte de la criminalité organisée.

En effet, la notion de « bande organisée » existe déjà dans notre droit pénal en tant que circonstance aggravante d'un certain nombre d'infractions. L'article 132-71 du Code pénal en a donné une définition très générale : la bande organisée est caractérisée par tout groupement formé ou toute entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'une ou plusieurs infractions. Cette définition est susceptible de concerner des hypothèses très différentes. Ainsi, un vol de bicyclette, y compris commis par deux mineurs, avec des actes matériels préparatoires au délit, comme par exemple le fait d'avoir prémédité l'opération en se procurant du matériel pour briser un antivol, peut être qualifié de vol en bande organisée.

Or, le texte généralise ce concept imprécis, et par là même susceptible d'encourir votre censure comme violant l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 (*décision n° 80-127 du 19 et 20 janvier 1981*), et le soustrait volontairement au contrôle de l'autorité judiciaire. En effet, l'article 706-104 nouveau du Code de procédure pénale dispose que le fait qu'à l'issue de l'enquête la circonstance aggravante de bande organisée ne soit pas retenue ne constitue pas une cause de nullité des actes. Ainsi, l'absence de sanctions empêche tout contrôle effectif de l'utilisation erronée ou abusive par les enquêteurs de la notion de bande organisée. Notre pratique judiciaire nous permet de témoigner de la difficulté actuelle des magistrats de contrôler la réalité d'une bande organisée. La frontière entre la circonstance aggravante de réunion et celle de bande organisée est difficile à tracer.

Ce texte favorisera en outre les détournements de procédure. Certes, il n'est pas question ici de stigmatiser les pratiques des uns et des autres. Mais la réalité judiciaire que nous connaissons est bien celle d'une tendance à susciter un régime de détention provisoire plus sévère par le biais du recours à la qualification la plus forte de l'infraction. L'enjeu se situe, aujourd'hui, le plus souvent, sur la seule question de la détention provisoire, la qualification la plus lourde permettant de contourner les délais butoirs fixés par la loi du 15 juin 2000. En effet, en l'état actuel de la procédure pénale, la circonstance aggravante de bande organisée permet, en matière correctionnelle, d'envisager une détention provisoire d'une durée de deux ans, alors que celle-ci est limitée par la loi à un an, voire même à quatre mois, dans l'hypothèse d'une infraction simple. En matière criminelle, cette circonstance aggravante autorise le recours à la détention provisoire pour une durée pouvant aller jusqu'à quatre années.

Si l'utilisation actuelle de cette circonstance aggravante reste limitée dans ses effets à la question, déjà très

grave de la détention provisoire décidée par un juge après un débat contradictoire, il n'en sera pas de même en ce qui concerne l'application de la loi déferée, laquelle entraînera la mise en œuvre d'un régime d'exception affectant tous les champs possibles des pouvoirs d'investigation et de coercition, et notamment dans le domaine fondamental de la garde à vue (durée maximale de 96 heures, absence d'avocat à la première heure, avocat à la 48<sup>e</sup> heure et possibilité de rétention, préalablement à la comparution devant le magistrat instructeur pendant 20 heures).

Or la multitude des procédures qui se déroulent concomitamment dans un même ressort, dans les grandes agglomérations, rend très difficile aux substituts de permanence leur suivi détaillé, et le contrôle de ces magistrats est, de fait, illusoire. Ils sont en tout cas contraints de faire confiance aux indications qui leur sont données téléphoniquement par des policiers qui sont trop nombreux pour être connus d'eux. Le fait que la menace de la nullité ne pèse plus sur ces procédures – nullité dont actuellement le magistrat se rend compte lorsqu'il reçoit la procédure et dont il peut alors tirer les conséquences, ce qui ne lui sera plus possible – risque de favoriser des abus sans sanction procédurale.

Et l'énumération par la loi déferée des infractions soumises au régime d'exception de la criminalité organisée, comprenant notamment le délit d'aide au séjour irrégulier, la dégradation et la destruction d'un bien ou le vol, démontre, s'il en est besoin, que ce risque de détournement de procédure n'est pas circonscrit aux incriminations les plus graves, mais peut au contraire atteindre des infractions dont le lien avec la criminalité organisée n'est pas nécessairement établi.

Ainsi, ce texte viole le principe de nécessité des peines en ce qu'il crée une disproportion manifeste entre, d'une part, le dispositif procédural dérogatoire que les parlementaires ont entendu mettre en place pour la criminalité et la délinquance organisée et, d'autre part, le comportement social à réprimer (*décisions n° 86-215 du 3 septembre 1986 et n° 96-377 du 16 juillet 1996*).

Enfin, ce texte, d'une manière générale, entraîne des inconstitutionnalités « en cascade » par la création d'un dispositif d'exception dépourvu de sanction judiciaire.

## ***1.2 . Le fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles : une nouvelle « double peine »***

Les articles 706-53-1 et suivants nouveaux du Code de procédure pénale prévoient la création d'un fichier supplémentaire venant s'ajouter au casier judiciaire, au fichier des empreintes digitales, au fichier des empreintes génétiques, au système de traitement des infractions constatées dénommé « fichier STIC ». On peut sérieusement s'interroger sur la nécessité de la création de ce nouveau fichier au regard des fichiers existants. Le texte institue les nouvelles règles applicables à ce fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles. Ces dispositions portent atteinte au principe de la nécessité des peines en ce qu'il crée une réelle disproportion entre le dispositif mis

en place et la grande variété de décisions fondant l'inscription.

Concrètement, il sera possible d'inscrire pendant 30 ans sur ce fichier des personnes condamnées y compris à des peines légères comme l'amende ou un travail d'intérêt général, voire à des personnes dispensées de peines. De même, les mineurs, qui n'auront fait l'objet que d'une mesure éducative comme la remise à parents ou l'admonestation pour infraction sexuelle, seront inscrits sur ce fichier, et soumis aux obligations lourdes qui en découlent. En outre, l'amnistie n'effacera pas l'inscription au fichier. Ce sont autant de dispositions qui par leur caractère disproportionné nous semblent porter atteinte à la Constitution.

Ces dispositions portent également atteinte à la présomption d'innocence, l'inscription au fichier étant prévue en cours d'instruction pour les mesures de contrôle judiciaire, pour les condamnations frappées d'appel ou d'opposition, pour les décisions de non-lieu, de relaxe ou d'acquiescement fondées sur l'absence de discernement (irresponsabilité pénale du fait de l'état psychiatrique).

De façon générale, la création de nouvelles obligations de pointage sur une période excessivement longue de 30 ans pour les crimes et délits punis de 10 ans d'emprisonnement ou 20 ans dans les autres cas paraît disproportionnée au regard de l'objectif avancé, celui de la protection des victimes.

### ***A titre d'illustration :***

– Un mineur (entre 16 et 18 ans) condamné, sous la qualification juridique d'agression sexuelle en réunion, à une peine avec sursis, compte tenu des circonstances de l'infraction, se verra automatiquement inscrit pendant 30 ans sur ce fichier et devra répondre à des obligations particulières pendant plus de la moitié de son espérance de vie.

– Une personne ayant fait l'objet d'une composition pénale se verra inscrite pendant 20 ans.

Par ailleurs ces obligations sont particulièrement lourdes : justification d'adresse, selon les cas, tous les 6 mois ou chaque année et dans les 15 jours des changements d'adresse ; le non-respect de ces obligations constitue une nouvelle infraction punissable de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende.

Outre la stigmatisation inévitable qu'elles vont entraîner, ces obligations vont s'avérer des contraintes pesantes pour les condamnés les plus réinsérés.

Enfin, matériellement, il est permis de s'interroger sur la manière dont les personnes visées à l'article 706-53-2,4° vont procéder à ces obligations.

Toutes ces dispositions exorbitantes destinées à prévenir le renouvellement de certaines infractions paraissent contraires aux principes de nécessité et de proportionnalité des peines prévus par les articles 8 et 9 de la Déclaration de 1789. L'existence de trois autres fichiers devrait déjà permettre de répondre aux objectifs allégués de prévention. Ce nouveau fichier est donc une mesure superfétatoire, qui ne respecte pas l'équilibre entre les exigences de l'ordre public et la garantie des droits constitutionnellement protégés.

## II – Ce texte instaure des contrôles illusoire exercés par un juge du siège alibi

S'agissant de la protection des libertés individuelles, votre Conseil affirme, de manière constante, que l'autorité judiciaire doit exercer un contrôle effectif, réel et complet (*décision n° 92-307 DC du 25 février 1992*). Or, si la loi déferée prévoit, notamment pour toutes les mesures exceptionnelles qu'elle instaure, l'intervention d'un juge du siège, elle ne garantit pas l'existence d'un contrôle effectif.

Plus encore, le législateur instrumentalise le juge des libertés et de la détention pour créer un contrôle alibi. Ainsi qu'il vous sera exposé, il ne s'agit que d'une illusion, le juge des libertés et de la détention n'étant pas en mesure de jouer pleinement le rôle qui lui est dévolu par la loi (*II-1*). Et cette logique de contrôle alibi fonde également les dispositions instaurant un juge homologateur de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (*II-2*), ainsi que celles relatives à l'instruction et à l'application des peines (*II-3 et II-4*).

### II-1 – L'instrumentalisation du juge des libertés et de la détention

La loi déferée confie au juge des libertés et de la détention le contrôle des mesures exceptionnelles et dérogatoires du dispositif de lutte contre la grande criminalité.

Ainsi, le texte prévoit qu'il est compétent pour la mise en place d'écoutes téléphoniques sur saisine du procureur de la République, tant dans le cadre d'une enquête de flagrance que d'une enquête préliminaire (*article 137-4 nouveau du Code de procédure pénale*).

Hors le cas de l'instruction, il devient le juge de droit commun en matière de perquisitions, de visites domiciliaires et de saisies de pièces à conviction. Cette nouvelle compétence est lourde de responsabilité, et ce, d'autant que le texte prévoit en la matière la possibilité de perquisitions de nuit (1), dans le cadre d'une enquête préliminaire, et hors la présence de l'intéressé. Il est à craindre que le juge des libertés et de la détention ne soit pas en mesure d'exercer un contrôle effectif et réel.

Allant jusqu'au bout de sa logique d'instrumentalisation, le législateur utilise ce juge pour permettre au parquet de contourner la décision du juge d'instruction refusant d'envisager une mesure de détention provisoire.

1. L'article 706-90 nouveau du Code de procédure pénale qui permet au juge des libertés et de la détention dans le cadre d'une enquête préliminaire, et à la requête du procureur de la République, d'autoriser des perquisitions, visites domiciliaires et saisies de pièces à conviction de nuit, sauf dans des locaux d'habitation, constitue une atteinte injustifiée et excessive aux libertés individuelles car non justifiée par l'urgence par définition. (*décision n° 96-377 du 16 juillet 1996 considérant comme contraire à la Constitution les perquisitions de nuit, hors les cas d'enquête flagrante, prévues par la loi de lutte contre le terrorisme.*)

re. En effet, l'article 137-4 du code de procédure pénale substitue, pour les personnes mises en examen à l'égard desquelles le procureur de la République a requis le placement en détention provisoire, et dès lors que l'information est ouverte en matière criminelle ou pour un délit puni de 10 ans d'emprisonnement, un dispositif procédural dans lequel, en présence d'un refus du magistrat instructeur de transmettre le dossier au juge des libertés et de la détention parce qu'il estime que cette détention est injustifiée, le magistrat du parquet précité peut saisir directement le juge des libertés et de la détention pour statuer sur ses réquisitions de placement en détention provisoire. Est ainsi introduit un dispositif de contournement du juge d'instruction : dans la situation jusqu'alors en vigueur, le placement en détention provisoire supposait nécessairement que deux juges distincts, le juge d'instruction et le juge des libertés et de la détention, se soient successivement prononcés pour le placement en détention provisoire.

Ce passage du double regard de magistrats du siège, sur la nécessité duquel la quasi-totalité des parlementaires avait insisté lors de l'élaboration de la loi du 15 juin 2000, à un regard unique pour une partie des personnes mises en examen, traduit un abaissement du niveau des garanties entourant la décision de placer en détention provisoire. S'agissant d'une mesure gravement attentatoire à la liberté individuelle, le législateur ne pouvait supprimer une garantie répondant à l'exigence constitutionnelle de protéger cette liberté sans prévoir de la remplacer par une garantie équivalente (*décision n° 83-165 DC du 20 janvier 1984*). En l'espèce, il y a suppression pure et simple d'une garantie, encore aggravée par le renforcement de la subordination hiérarchique des magistrats du parquet vis-à-vis du ministre de la Justice.

On peut se demander si le législateur n'a pas souhaité substituer à la procédure légitime de l'appel, en cas de désaccord avec le refus de saisine du juge des libertés et de la détention par le juge d'instruction, un mécanisme procédural inconnu qui permet de neutraliser la décision d'un juge du premier ressort par un autre juge du premier ressort. De plus, le statut du juge des libertés et de la détention n'offre pas toutes les garanties souhaitables, compte tenu de l'importance du rôle nouveau qui lui est dévolu et de la gravité des décisions qu'il aura à prendre.

En premier lieu, il convient de souligner qu'à la différence du juge d'instruction qui ne peut être déchargé de ses fonctions sans l'intervention du Conseil supérieur de la magistrature, le juge des libertés et de la détention est désigné par le président du tribunal de grande instance, qui peut, du jour au lendemain, lui donner une autre affectation sans justification aucune. Ces décisions prises par le chef de la juridiction ne sont pas soumises à avis de l'assemblée générale des magistrats du siège. Cette instabilité fonctionnelle n'est pas une vue de l'esprit. En effet, ce juge est très exposé, nous avons pu le constater dans notre réalité judiciaire. Certes, ce juge est déjà compétent dans le domaine de la mise en détention provisoire. Mais les décisions en ce domaine sont entourées de garanties qui n'existent pas ici : débat contradictoire en présence de l'avocat, voies de recours à effet très rapide. Il ne dispose d'aucune garantie de maintien dans

ses fonctions et peut recevoir une autre affectation au sein du tribunal s'il déplaît par ses décisions à ses interlocuteurs institutionnels, à sa hiérarchie judiciaire, voire même aux médias.

En second lieu, ce juge, intervenant ponctuellement dans l'enquête à la demande du parquet, ne peut pas assurer un contrôle effectif des mesures qu'il est chargé de décider. En effet, ne connaissant ni l'amont ni l'aval de la procédure, il ne sera pas en mesure d'appréhender la réelle portée de la décision qu'il prendra. En outre, la multiplicité des tâches qui lui sont confiées ne lui permet pas de maîtriser chaque dossier dans son intégralité. D'ores et déjà, nombreux sont les juges des libertés et de la détention qui se plaignent de n'avoir qu'une vision parcelle du dossier. La loi déferée ne pourra qu'augmenter ce déficit de contrôle.

## **II-2 – Le juge homologateur ou le débat judiciaire confisqué**

La loi crée une nouvelle procédure, la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, qui s'inspire de la législation américaine du « plea-bargaining ». Pour la plupart des délits punis d'une amende ou d'une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à 5 ans, le procureur de la République peut recourir à la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, sous la seule condition que l'intéressé reconnaisse les faits qui lui sont reprochés, et proposer jusqu'à un an de prison ferme immédiatement exécutoire.

Ces dispositions portent atteinte à la présomption d'innocence (*décision du 19 et 20 janvier 1981*). Il ne s'agit pas d'une question de principe dénuée de conséquences juridiques. A l'issue, le cas échéant, de quatre jours de garde à vue outre quelques heures de rétention supplémentaires – exemple qui pourrait se multiplier en application de la loi déferée à votre examen –, pendant lesquels l'intéressé a subi des interrogatoires longs et répétés dans des conditions difficiles (cinq jours sans pouvoir manger normalement, dormir convenablement, ni se laver), il est à craindre que celui-ci reconnaisse par lassitude des faits qu'il n'a pas commis. Devant le procureur de la République puis le juge, le prévenu sera prisonnier de ses aveux et soulagé de sortir de cette incertitude par l'acceptation d'une sanction immédiatement connue. (2) Le rôle de l'avocat, après la 48<sup>e</sup> heure, étant réduit à une intervention sur les seules conditions de déroulement de la garde à vue, et non sur le fond, il s'ensuit un déséquilibre grave entre les pouvoirs de l'accusation et les droits de la de la défense. Il convient de souligner que dans toutes les législations qui connaissent le plea-bargaining, l'avocat assiste la personne dès le moment de son arrestation et sur le fond. Or le dispositif instauré par la loi déferée cantonne l'intervention de l'avocat à la 48<sup>e</sup> heure de la garde à vue et aux seules conditions de déroulement de celle-ci. Cet avocat alibi ne peut assurer effectivement les droits de la défense. Il s'ensuit un déséqui-

libre grave entre les pouvoirs de l'accusation et les droits de la défense. Les risques d'erreur judiciaire en seront d'autant augmentés.

Or, loin d'aménager un contrôle effectif et réel de cette procédure intrinsèquement attentatoire aux libertés publiques, le législateur crée une nouvelle figure de juge, le juge homologateur, président de la juridiction ou son délégué, dont les pouvoirs sont limités à l'acceptation ou au refus de l'homologation, sans possibilité de modifier la proposition du procureur de la République. Cette limitation des pouvoirs du juge porte atteinte au principe fondamental de notre droit qu'est l'individualisation de la peine. L'aveu du prévenu et son acceptation de la sanction, obtenus dans les conditions déjà décrites sans respect des droits de la défense et sans égalité des armes, ne sauraient suffire à justifier une peine privative de liberté que seul un magistrat du siège peut prononcer (*décisions n° 81-127 du 19 et 20 janvier 1981 ; n° 89-260 du 28 juillet 1989*).

Enfin, la procédure quasi secrète instaurée par la loi déferée vient accentuer le caractère inconstitutionnel de ces dispositions. La publicité des débats constitue un principe général du droit ainsi qu'un droit pour le justiciable consacré par la Cour européenne des droits de l'homme et par votre Conseil (*décision du 22 janvier 1999*). En écartant, sans nécessité, la publicité pour certains justiciables soupçonnés d'infractions dont les auteurs bénéficient, en règle générale, d'un jugement public, le texte déferé porte atteinte au principe d'égalité devant la justice pénale prévu à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme. Et s'il est exact que le législateur peut restreindre cette publicité pour la protection d'intérêts spécifiques, c'est sous réserve de justifications, qui dans ce texte n'existent pas.

## **II-3 – Le juge d'instruction : des nouveaux pouvoirs sans réelle maîtrise**

Le juge d'instruction se voit confier de nouveaux moyens d'enquête sur lesquels il ne pourra exercer de contrôle effectif. Il devient lui aussi un juge alibi destiné à légitimer des pratiques policières dangereuses au regard des libertés publiques.

La loi déferée introduit dans le Code de procédure pénale les articles 706-81 et suivants qui autorisent l'infiltration par un officier de police judiciaire ou un agent de police judiciaire de personnes suspectées d'avoir commis une des infractions visées par l'article 706-73 du Code de procédure pénale.

L'autorisation d'infiltration doit être écrite et spécialement motivée et pourra être délivrée par le procureur de la République (*cf. infra*) ou par le juge d'instruction. L'infiltration pourra se dérouler sur quatre mois renouvelables dans les mêmes conditions de forme et de durée. Est réprimée la révélation de l'identité de l'agent infiltré. Un rapport comprenant les éléments strictement nécessaires à la constatation des infractions est rédigé par l'officier de police judiciaire coordonnateur de l'opération. L'agent infiltré pourra être confronté au mis en cause dans les conditions fixées par la loi du 15 novembre 2001 pour le témoin anonyme (*articles 706-57 et suivants du Code de procédure pénale*), à savoir l'audition à distance

2. Beaucoup de magistrats ont eu à connaître de telles situations, le juge d'instruction établissant l'innocence du mis en examen en dépit de ses aveux. Par exemple, cette personne ayant reconnu le meurtre de cette jeune anglaise, M<sup>me</sup> Dickinson, en Bretagne, et qui a été innocentée par son ADN quelque temps plus tard.

par l'intermédiaire d'un dispositif technique, rendant la voix du témoin non identifiable.

La technique d'infiltration, telle que prévue par les articles 706-81 à 706-87 nouveaux du Code de procédure pénale est contraire à la Constitution. En effet, le dispositif instauré par le législateur ne permet pas à l'autorité judiciaire d'exercer le « contrôle effectif, réel et complet » exigé par le Conseil constitutionnel (*décision n° 92-307 25 février 1992*). Le rapport d'enquête, rédigé par l'officier de police judiciaire coordonnateur n'aborde pas, si l'on s'en réfère au texte, les actes et infractions commis par l'agent infiltré pour lui permettre d'obtenir des informations, ce qui rend ces actes incontrôlables. Comment dans ces conditions le magistrat pourrait-il exercer sa mission de gardien des libertés individuelles et s'assurer que l'agent infiltré ne va pas trop loin ? En outre, si le magistrat ayant autorisé l'infiltration décide d'y mettre un terme, sa décision peut être inopérante pendant quatre mois, l'agent infiltré pouvant poursuivre ses activités criminelles ou délictuelles « pendant le temps strictement nécessaire pour lui permettre de cesser sa surveillance dans des conditions assurant sa sécurité ». Cette absence d'effectivité des contrôles est d'autant plus grave que l'infiltration, outre les réels dangers qu'elle fait courir à l'agent infiltré, peut instaurer une immunité au profit de véritables organisations criminelles. Ainsi, un policier infiltré pourrait continuer à sortir des limites tolérables, sans que le magistrat puisse utilement y mettre fin pendant huit mois, le cas échéant. L'avantage que l'on espère de cette méthode, si contraire à l'éthique policière et judiciaire, ne paraît pas suffisant, compte tenu des graves dangers qu'elle comporte.

Les sonorisations et fixations d'images de certains lieux ou véhicules sont désormais possibles sur autorisation du juge d'instruction lorsque les nécessités de l'information concernant un crime ou un délit entrant dans le champ d'application de ce texte l'exigent. Ce dispositif, qui pourra être mis en place dans un lieu privé, même en dehors des heures légales, méconnaît le principe du respect de la vie privée, sans que l'intérêt que l'on peut attendre de ces mesures soit proportionné aux inconvénients qu'elles présentent au regard de ce principe et de celui d'inviolabilité du domicile, même si elles sont soumises au contrôle préalable d'un juge.

#### **II-4 – L'application des peines ou les dangereux paradoxes de la loi**

La loi nouvelle, en créant le tribunal d'application des peines, achève la juridiciarisation de l'application des peines, largement introduite par la loi du 15 juin 2000, dans une logique positive de renforcement des garanties judiciaires. Mais paradoxalement le nouveau dispositif, en donnant, d'une part, au silence du juge un effet créateur de droit et en confiant, d'autre part, à l'administration pénitentiaire des pouvoirs exorbitants, réintroduit l'arbitraire dans l'exécution de la peine privative de liberté. Ce glissement de compétence prive le détenu de son droit au juge et de la garantie fondamentale qu'est la motivation des décisions.

En premier lieu est mis en place un aménagement systématique des fins de peine, réforme positive dans son

esprit. Mais le dispositif retenu par le législateur doit être examiné plus attentivement. Le directeur du Service pénitentiaire d'insertion et de probation (SPIP) doit désormais faire instruire par son service une mesure de semi-liberté, de placement extérieur ou de placement sous surveillance électronique, pour les condamnés détenus, à trois ou six mois de leur fin de peine selon les cas. Sauf exceptions, le directeur du Service pénitentiaire d'insertion et de probation doit saisir le juge d'application des peines d'une proposition concernant l'une des trois mesures précitées. Le juge d'application des peines dispose de trois semaines pour homologuer la proposition.

A défaut de réponse du juge d'application des peines dans ce délai, le directeur du SPIP peut décider de ramener à exécution la mesure d'aménagement, laquelle est qualifiée alors de mesure d'administration judiciaire, susceptible de recours suspensif dans le délai de 24 heures par le seul procureur, devant le président de la chambre de l'application des peines de la cour d'appel. Le recours est non avenu à défaut d'examen dans le délai de trois semaines.

Ainsi le texte crée une espèce hybride de décision : la décision implicite d'acceptation judiciaire d'une décision explicite de l'administration. Cette mesure d'administration judiciaire, non motivée, ne découlant pas d'un débat contradictoire, est soumise au seul recours du procureur de la République. La mesure d'aménagement mise en place par l'administration pénitentiaire peut, et il n'est pas irréaliste de l'envisager, ne pas être celle souhaitée par le détenu. Ce dernier ne dispose d'aucun recours pour la contester. En outre, le prononcé des peines privatives de liberté et toute décision touchant à la nature et aux limites de ces peines relèvent par nature de la compétence du juge judiciaire. L'intervention de ce dernier s'inscrit dans sa mission de garant des libertés individuelles. L'administration pénitentiaire a souvent d'autres préoccupations, et notamment celle de la gestion du flux carcéral, surtout dans le contexte de surpopulation que nous connaissons. Il appartient au juge judiciaire de se prononcer, par une décision motivée et susceptible de recours par la personne concernée, sur l'opportunité de telle ou telle mesure d'aménagement de la peine privative de liberté. Compte tenu des enjeux de tous ordres quant à la liberté, mais aussi à la réussite du processus de réinsertion et aux risques de récidive, la mise en place d'un régime dans lequel la prise de décision va dépendre du silence gardé par un juge, n'est pas conforme aux principes constitutionnels applicables (*décision n° 94-352 DC du 18 janvier 1995*.)

Pour illustrer notre propos, nous pouvons prendre pour exemple le placement sous surveillance électronique qui peut s'avérer moins judicieux qu'un suivi médico-psychologique. Il nous est arrivé dans notre pratique judiciaire d'être confronté à des délinquants sexuels chez lesquels la récidive était incontestablement liée à l'absence d'un suivi post-carcéral. Le bracelet électronique peut faire partie des « fausses bonnes » solutions que favorisera une gestion administrative de la peine. Le contrôle effectif du juge d'application des peines sur l'aménagement de la peine, dans la mesure où un choix doit être effectué entre plusieurs modalités, la motivation de la décision judiciaire et le droit au recours sont autant de garanties constitutionnelles niées par la loi nouvelle.

En second lieu, le nouveau dispositif mis en place par

le législateur laisse à la discrétion des services de l'administration pénitentiaire l'appréciation des critères de sélection des dossiers qui feront l'objet, de la part de ces services, d'une proposition d'aménagement de la fin de peine. L'aménagement des fins de peine n'est qu'un leurre, l'administration pouvant ne pas présenter un dossier en cas de « mauvaise conduite du condamné en détention, d'absence de projet sérieux de réinsertion, d'impossibilité matérielle de mettre en place une mesure d'aménagement » (*article 723-21 alinéa 2*). Ces critères sont laissés à l'appréciation souveraine voire discrétionnaire des services de l'administration pénitentiaire. L'absence de toute motivation et l'absence de recours devant le juge judiciaire sont autant d'atteintes aux principes constitutionnels.

La connaissance de l'univers pénitentiaire que nous avons, grâce à la fonction du juge d'application des peines, nous permet d'affirmer que ces nouvelles dispositions soumettent le détenu à l'arbitraire de l'administration pénitentiaire et à toutes les possibilités de sélection « à la tête du client ». Ainsi, le détenu forte tête, peu docile, ou en conflit avec un des membres du personnel pénitentiaire sera dépendant du bon vouloir de l'administration. La généralité des termes de l'article 723-21 alinéa 2 permet de couvrir toutes les situations y compris, semble-t-il, le manque de bracelet électronique disponible ou de personnel de surveillance requis. Rappelons qu'en matière de libération conditionnelle un examen automatique annuel du dossier de chaque détenu (ayant effectué le temps de peine requis par la loi) a été instauré très précisément pour éviter toute possibilité d'arbitraire administratif ou judiciaire dans la sélection des dossiers.

Alors que les législateurs successifs, manifestement sensibles aux critiques des « mesures d'administration judiciaire » prises jusqu'à une date récente par le juge de l'application des peines (sans motivation, au mépris des droits de la défense et sans recours possible), ont judiciairisé l'application des peines, la loi nouvelle consacre une diminution paradoxale et injustifiable des garanties avec ce dispositif d'aménagement automatique des fins de peine. Les nouvelles dispositions en la matière, par la rupture d'égalité des détenus devant la loi, la violation des droits de la défense et la privation du droit au juge qu'elles introduisent, sont non conformes à la Constitution.

### III - L'accroissement du rôle des parquets en matière de libertés individuelles et une subordination hiérarchique renforcée à l'égard du ministre de la Justice : une grave contradiction.

Des dispositions du texte entraînent un réel bouleversement institutionnel au sein de l'organisation judiciaire, d'une part, par l'introduction dans notre droit procédural, du garde des Sceaux comme véritable organe de la procédure pénale, et d'autre part, par l'accroissement des pouvoirs des parquets, lesquels par un phénomène de

glissement, auront à exercer des pouvoirs relevant traditionnellement de la compétence des magistrats du siège.

#### III.1 Une subordination hiérarchique renforcée attentatoire à la séparation des pouvoirs

La loi déferée introduit un nouveau chapitre dans le Code de procédure pénale intitulé « des attributions du Garde des Sceaux, ministre de la justice » et un nouvel article 30 qui crée deux alinéas nouveaux, le troisième étant la reprise de l'actuel article 36 du Code de procédure pénale. On peut s'étonner que de telles dispositions relèvent de la loi ordinaire, alors qu'elles modifient le statut des magistrats du parquet. (3)

L'article 30 nouveau du Code de procédure pénale fait du garde des Sceaux le chef de l'action publique.

L'article 5 du statut de la magistrature prévoit que les magistrats du parquet sont placés sous l'autorité du garde des Sceaux, ministre de la Justice et votre Conseil a admis la conformité à la Constitution du caractère spécifique de la situation des magistrats du parquet, marquée par son organisation de carrière fortement hiérarchisée sous l'autorité du garde des Sceaux, justifiant des règles dérogatoires. Mais il est contestable, au regard du principe de la séparation des pouvoirs et de l'indépendance de l'autorité judiciaire, qu'un magistrat appartenant à une autorité indépendante, comme l'est le magistrat du parquet, membre de l'autorité judiciaire suivant votre décision du 11 août 1993 (*décision n° 93-326 DC du 11 août 1993*) puisse être subordonné dans l'exercice même de sa fonction à une autorité relevant du pouvoir exécutif, non seulement lorsqu'il formule des demandes qui sont soumises à l'appréciation d'une juridiction, mais aussi dans le cadre de ses pouvoirs propres de décision dans les domaines où il est chargé d'assurer le respect des libertés individuelles (décisions en matière de garde à vue, d'infiltration, de perquisition, de mandat de recherche...)

L'affirmation d'une stricte subordination hiérarchique des magistrats du parquet à l'égard du garde des Sceaux, que suggèrent au moins les dispositions introduites à l'article 30 du Code de procédure pénale, et, en liaison avec ses dernières, à l'article 35 du même Code, rendrait inopérante votre jurisprudence (*décision n° 93-326 du 11 août 1993*) aux termes de laquelle les magistrats du parquet sont membres de l'autorité judiciaire au sens de l'article 66 de la Constitution. Cela signifierait que, désormais, dans toute disposition de procédure pénale prévoyant l'intervention d'un magistrat du parquet, celle-ci cesserait de pouvoir être considérée comme une des garanties répondant aux exigences constitutionnelles affirmées par votre jurisprudence pour la protection des libertés et droits fondamentaux. Le déséquilibre qui

3. Le comité consultatif pour la révision de la Constitution avait suggéré d'ajouter l'alinéa suivant à l'article 64 de la Constitution : « Les magistrats du parquet exercent le ministère public et veillent, dans les conditions fixées par une loi organique à une égale application de la loi » Propositions pour une réforme de la Constitution, Rapport au Président de la République, La documentation française, 1993

serait massivement introduit dans l'ensemble de la procédure pénale serait générateur de nombreuses inconstitutionnalités.

En outre, l'ambiguïté de cet article 30, qui confie au garde des Sceaux la « conduite de la politique d'action publique », est source d'inconstitutionnalité. En effet, si l'article 20 de la Constitution permet au gouvernement de déterminer la politique pénale, il ne l'autorise pas à exercer l'action publique, prérogative réservée au seul procureur de la république. Par ce glissement sémantique qui associe le terme « politique » à celui « d'action publique », la loi porte atteinte au principe de la séparation des pouvoirs énoncé par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme, tout en excédant les prérogatives prévues par l'article 20 de la Constitution, car si cet article prévoit que le gouvernement dispose de l'administration et de la Force armée, il n'a pas prévu et n'aurait d'ailleurs pas pu prévoir qu'il disposait de l'autorité judiciaire.

Ce principe de la séparation des pouvoirs a été également méconnu par l'article 695-8 nouveau du Code de procédure pénale, qui dispose que le magistrat responsable d'Eurojust est désigné par arrêté du ministre de la justice, sans que l'avis du Conseil supérieur de la magistrature ne soit requis. De même, le garde des Sceaux peut décider de ne pas donner suite à une demande d'entraide internationale (*article 694-4 nouveau du Code de procédure pénale*). Les nouvelles dispositions relatives à la procédure d'entraide internationale, domaine sensible s'il en est, font du garde des Sceaux le superviseur des procédures pénales sur le plan international.

### III-2 – Le renforcement des prérogatives des parquets

La loi déferée opère, sans l'énoncer expressément, un transfert des attributions des juges du siège vers le parquet. Elle confie, en outre, au parquet des prérogatives particulières dans tous les domaines de l'investigation et de l'enquête. Ce renforcement doit être rapproché de l'accroissement des pouvoirs des officiers de police judiciaire.

a – L'article 706-80 nouveau du Code de procédure pénale autorise la surveillance de personnes contre lesquelles il existe « une ou plusieurs raisons plausibles » de les soupçonner d'avoir commis l'un des crimes ou délits énumérés par les articles 706-73 et 706-74 du Code de procédure pénale. Par cette technique d'investigation, le texte élargit le champ de compétence des officiers de police judiciaire et des agents de police judiciaire à l'ensemble du territoire national.

La surveillance, telle que prévue par ce texte, n'est pas conforme à l'exigence d'un contrôle par l'autorité judiciaire sur les mesures pouvant être attentatoires aux libertés individuelles (*article 66 de la Constitution*). En effet, l'article 706-80 du Code de procédure pénale ne prévoit qu'un avis donné par l'enquêteur au procureur de la République, lequel ne dispose ni des moyens de contrôler la nécessité d'une telle surveillance et d'une telle extension de compétence territoriale, ni des moyens de s'opposer à une surveillance. En outre, le terme « une ou plusieurs raisons plausibles » est trop imprécis pour qu'il soit satisfait aux exigences constitutionnelles attachées par

votre jurisprudence à la protection des libertés individuelles, d'autant que l'appréciation de ces motifs sera laissée en pratique à l'appréciation discrétionnaire des officiers de police judiciaire.

b – La loi déferée confie, en outre, aux parquets le contrôle du suivi des écoutes téléphoniques, et des pouvoirs propres en matière d'infiltration (*cf. supra paragraphe II-3*). Ces techniques procédurales, très contestables en elles-mêmes, le sont encore davantage lorsqu'elles peuvent être mises en œuvre par le seul procureur de la République qui pourrait recevoir des instructions en ce sens du garde des Sceaux.

c – Le législateur donne aux parquets le rôle essentiel dans la procédure de comparution sur reconnaissance de culpabilité (*cf. supra paragraphe II-2*). De fait, cette procédure transfère aux magistrats du parquet le pouvoir de décider d'une peine contrairement au principe de la séparation entre les autorités chargées de la poursuite et les autorités de jugement proclamé comme l'un des garanties de la liberté individuelle. (*Décision du 5 février 1995.*)

d – L'article 70 nouveau du Code de procédure pénale donne aux officiers de police judiciaire, sur instructions du procureur de la République, le pouvoir de procéder à des saisies et perquisitions pour rechercher des personnes en fuite condamnées à au moins un an d'emprisonnement ferme, ou faisant l'objet d'un mandat d'arrêt délivré par une juridiction de jugement ou d'un juge d'application des peines.

Il est vrai qu'il entre dans les attributions du parquet de veiller à l'exécution des décisions de justice, mais si le titre délivré par un juge vaut ordre de recherche, d'arrestation et de placement en détention, il n'autorise pas à procéder à des perquisitions et à des saisies, qui relèvent de la décision et du contrôle du juge (*décision n° 90-281 DC 27 décembre 1990 ; décision n° 92-316 du 20 janvier 1993*).

A ce titre, ces dispositions sont contraires à la Constitution comme portant atteinte au principe de protection de la propriété privée.

On en trouvera une illustration dans l'hypothèse où la recherche d'une personne en fuite conduirait à procéder à une perquisition et à des saisies dans un cabinet d'un avocat, d'un médecin, d'un notaire, d'un avoué, d'un huissier de justice ou dans les locaux d'une entreprise de presse. Cette perquisition pourrait désormais se dérouler sans la présence effective d'un magistrat du siège comme cela est le cas aujourd'hui.

A la limite, chacune des prérogatives nouvelles données aux parquets n'est pas contraire à la Constitution. En revanche, leur caractère cumulatif crée un déséquilibre – d'autant plus grave en raison de la subordination renforcée – et conduit à constater un manque de conciliation entre le principe de maintien de l'ordre public et celui de sauvegarde des libertés publiques.

*Tels sont les principaux points du texte de la loi déferée sur lesquels nous avons, au regard des graves atteintes à des principes de valeur constitutionnelle, estimé nécessaire d'appeler votre attention.*

*Nous sommes à la disposition du Conseil, s'il le juge utile, pour préciser, en tant que de besoin, l'analyse qui vient de vous être exposée.*