

# DROIT CONSTITUTIONNEL PROCESSUEL

## LE PROCES FAIT A LA « LOI PERBEN II »

---

Hélène Hoepffner

---

La procédure pénale et le droit pénal ont fait l'objet, au cours des dernières années, de (trop ?) nombreuses réformes. On en jugera par deux chiffres : la composition pénale a été modifiée trois fois depuis 1999 et la garde à vue quatorze fois depuis 23 ans.

Cette accélération des réformes est critiquée par les professionnels :

- les magistrats s'insurgent contre la diversification et la complexification des procédures ; ceux du siège mettent en outre en cause l'accroissement du rôle dévolu par la loi aux parquets ;
- les avocats contestent à la fois les restrictions apportées aux droits de la défense et la diminution de la place accordée à la victime. Dans l'un et l'autre cas, ils dénoncent la diminution de leur influence dans le procès pénal.

Ces critiques ne sont pas nouvelles. Les questions en débat font l'objet depuis quelques années de diverses études, relatives notamment à l'inflation législative [B. Chantebout, Droit constitutionnel, 19e édition, 2002, p. 499, La fonction législative : l'auteur dénonce la "frénésie législative" conduisant à l'adoption de lois souvent inadaptées et corrigées par touchent successives. Cette complexité et cette insécurité juridique ont été dénoncées par le Conseil d'État, Rapport public 1991 : "quand le droit bavarde, le citoyen ne lui prête plus qu'une oreille distraite", "la loi jetable n'est pas respectable". Le Conseil constitutionnel a consacré comme objectif de valeur constitutionnelle l'intelligibilité du droit. Cf à ce sujet B. Mathieu, La loi, 1996, traite de "la pathologie de la loi"].

Indépendamment des questions de fond qu'elle soulève, la loi dite "Perben II" (portant adaptation de la justice à la criminalité) semble avoir catalysé une exaspération générale contre l'inconstance du législateur. Imputable en première instance aux gouvernements successifs, elle est aggravée par un activisme proprement parlementaire. Ce dernier est incontestable dans l'affaire qui nous occupe, puisque le projet de loi comptait 87 articles, alors que le texte définitif en compte 221.

Si le texte présente, sur le fond, des mesures utiles (la lutte contre les nouvelles formes de criminalité et le suivi des délinquants sexuels correspondent à des nécessités et ne peuvent être sérieusement analysés comme reflétant une pure obsession sécuritaire) et équilibrées (toute la partie du texte relative à l'exécution des peines, favorable à l'aménagement et au raccourcissement des peines d'emprisonnement, est d'inspiration libérale), on peut s'interroger sur son intelligibilité. Le caractère modificatif de ses dispositions et l'apport de nombreux amendements rendent la lecture du texte éminemment difficile.

La loi est intervenue dans un contexte politico-médiatique singulier.

- L'avant-projet se veut, comme la loi d'orientation et de programmation pour la justice, dite « Perben I » (9 septembre 2002), et comme la loi sur la sécurité intérieure (18 mars 2003), une réponse aux attentes exprimées par l'électorat, lors des élections de 2002, en matière de lutte contre la délinquance. D'une élection à l'autre, l'ironie de l'Histoire a voulu que la fin de la procédure législative relative à la loi Perben II coïncide avec le début de la campagne électorale pour les élections régionales et cantonales, élections certes locales mais constituant (comme la suite l'a montré) un enjeu important pour le Gouvernement.
- Le texte a également fait l'objet d'une médiatisation exceptionnelle : manifestations organisées par les avocats et les syndicats de magistrats; nombreuses prises de position des partis politiques et des associations de défense des droits de l'homme...
- Comme en contrepoint de cette hostilité face au renforcement de l'arsenal répressif, l'actualité semblait illustrer, à l'inverse, la nécessité d'une « montée en puissance » des réponses judiciaires et policières aux formes les plus barbares de la criminalité (affaire Dutroux, terrorisme), réponses souvent présentées comme insuffisantes, lacunaires ou timorées.

La contestation de la loi Perben II s'est déployée en deux phases de durées inégales : la procédure législative (I) ; le contrôle de la constitutionnalité (II).

L'émotion passée, la question se pose rétrospectivement de savoir si le "procès" fait à la loi a conduit ou non à une amélioration du texte.

---

## **I / LE "PROCES" FAIT AU PROJET DE LOI AU COURS DE LA PROCEDURE LEGISLATIVE**

Le projet de loi du Garde des Sceaux n'a, au départ, que peu attiré l'attention. La polémique est née au cours de la procédure législative et s'est enflée au-delà de l'enceinte parlementaire (A). De ce fait, le Conseil constitutionnel a anticipé une saisine (B).

### **A / Le déroulement des débats**

Le déroulement de la procédure législative, dans le cas de la loi Perben II, a pris en quelque sorte le caractère d'un "procès" fait au projet de loi :

- Les acteurs de ce procès seraient les suivants. L'opposition jouerait à la fois le rôle du procureur et celui de la partie civile. Dans chaque assemblée, le rapporteur et la majorité tiendraient le rôle du défendeur. La Commission mixte Paritaire (CMP) a tenu sa place d'arbitre sinon entre majorité et opposition, du moins entre les deux assemblées parlementaires, dont les majorités respectives, d'accord sur l'essentiel, ont néanmoins manifesté des sensibilités différentes, le Sénat confirmant son souci traditionnel des libertés publiques, l'Assemblée nationale exprimant la volonté d'une grande partie de l'opinion de voir les pouvoirs publics se mobiliser davantage sur les questions de sécurité. En donnant raison à l'Assemblée nationale sur les trois quarts des dispositions en litige, la CMP donne plutôt raison à la chambre issue du suffrage universel direct. Celle-ci aurait de toutes façons le dernier mot en vertu de l'article 45 de la Constitution.
- Le délibéré s'est prolongé : il a fallu un an pour que le projet gouvernemental aboutisse à un texte définitivement adopté et abondamment amendé (ce qui, au passage, relativise le poncif sur le « Parlement chambre d'enregistrement »).
- Les "plaidoiries" (les débats) ont en effet conduit à de nombreux amendements.
- Il y a eu trois "incidents de procédure" (exceptions d'irrecevabilité, question préalable, renvoi en commission).

Le texte définitif modifie en profondeur la procédure pénale (plus de 560 articles du code sont touchés).

Que dire de la qualité de la procédure législative ? Le texte définitif est un "monstre juridique" de 221 articles. Son intelligibilité laisse à désirer. Ainsi, certains articles situés au début du texte modifient des dispositions du code de procédure pénale elles-mêmes modifiées par des articles situés à la fin du texte (voir l'article 15-3 CPP sur la police judiciaire, modifié par l'art 77-I, puis par l'article 207; ou l'article 43 CPP relatif aux attributions du procureur de la République, modifié par les articles 111 et 125). De nombreux articles ne font que modifier quelques mots ("A l'article X les mots "décret en Conseil d'État" sont remplacés par les termes "arrêté du ministre de la justice"; il faut se reporter au texte « consolidé » pour comprendre à quoi s'applique le changement, par exemple à l'augmentation de l'effectif du jury de Cour d'assises).

La loi n'est directement lisible ni par les citoyens, ni même par les juristes. D'où la nécessité de produire un "texte consolidé" pour mesurer la portée des changements. Concrètement, il faut reproduire les dispositions de base (il s'agit ici le plus souvent du code de procédure pénale) modifiées par la loi, en adoptant les conventions

typographiques adéquates (mettre en gras les dispositions ajoutées ; barrer les dispositions abrogées sans rendre illisible le texte antérieur...). Les logiciels de traitement de textes sont ici d'une aide inestimable. C'est l'une des premières opérations auxquelles se livre le Conseil constitutionnel.

## **B / Le travail d'anticipation au Conseil constitutionnel**

Trois types de recherches ont été conduites rue de Montpensier dès avant l'enregistrement des recours.

### **1. L'avis du Conseil d'État**

Le projet de loi, avant son examen en Conseil des ministres, est obligatoirement soumis pour avis au Conseil d'État (article 39 de la Constitution). Cet avis est secret (même si la presse peut exploiter certaines « fuites »). Le produit des travaux du Conseil d'Etat est adressé au Gouvernement et à lui seul. Conformément à une « coutume de la Constitution », le Conseil constitutionnel en prend cependant connaissance le lendemain du Conseil des ministres à l'ordre du jour duquel est inscrit le projet (en l'espèce : 9 avril 2003).

Le projet de loi connaît trois versions avant son dépôt sur le bureau de la première assemblée saisie. Chacune se voit attribuer une couleur :

- rose pour l'avant-projet soumis au Conseil d'Etat (cet avant-projet résulte déjà d'un arbitrage interministériel conséquent. Dans le cas qui nous occupe, le ministère de la justice est évidemment pilote, mais les autres ministres intéressés prennent part à la mise au point du texte. Les désaccords sont tranchés par le membre du cabinet du Premier ministre chargé de la justice, par son directeur de cabinet, voire par le Premier ministre lui-même) ,
- vert pour le texte établi par le Conseil d'Etat (éventuellement accompagné d'une note explicitant les motifs de ses divergences avec le « rose »),
- enfin bleu pour le projet arbitré en réunion interministérielle [coprésidée par le Secrétaire général du Gouvernement et par le membre du cabinet du Premier ministre compétent, cette réunion d'arbitrage avant Conseil des ministres se tient normalement un vendredi] au lendemain de l'assemblée générale du Conseil d'Etat. Le texte ainsi « bleui » reprend en partie la position du Conseil d'Etat. C'est ce « bleu » qui sera distribué aux membres du Gouvernement lors du Conseil des ministres . Dans l'immense majorité des cas, le bleu ne sera pas modifié en Conseil des ministres et sera donc déposé tel quel sur le bureau de la première assemblée saisie (en l'espèce, le Premier ministre a choisi de déposer le projet sur le bureau de l'Assemblée nationale).

Dans le cas de la loi « Perben II », le Conseil constitutionnel a censuré le texte définitif sur deux points qui avaient déjà suscité des remarques au Conseil d'Etat.

Ce n'est pas si fréquent, car :

- le texte résultant des débats parlementaires diffère en général sensiblement de celui délibéré en Conseil des ministres ;
- statistiquement, ce sont surtout des dispositions issues d'amendements parlementaires que censure le Conseil constitutionnel.

Le Conseil constitutionnel n'est pas lié par l'avis du Conseil d'Etat . Les deux institutions ont au demeurant un rôle distinct.

Néanmoins, le Conseil constitutionnel accorde la plus grande considération à la position du Conseil d'Etat, surtout si celle-ci se place sur le terrain constitutionnel.

Le Conseil d'Etat, de son côté, attache la plus grande importance à la décision du Conseil constitutionnel (et notamment aux réserves qu'il a émises), tant lorsque, dans ses formations consultatives, il examine les décrets d'application de la loi, que lorsque, dans ses formations contentieuses, il rencontre une question déjà explorée par le Conseil constitutionnel.

Les deux ailes du Palais Royal jouent ainsi un rôle complémentaire (et dialectique !) dans la consolidation de l'Etat de droit. Cela leur est d'autant plus naturel qu'elles partagent la même culture juridique et les mêmes méthodes rédactionnelles.

## 2. L'exploitation des débats parlementaires

Le Conseil constitutionnel a suivi les débats parlementaires au jour le jour, comme il le fait pour les textes importants. Les interventions retenant particulièrement l'attention sont les exceptions d'irrecevabilité. Elles permettent d'anticiper la saisine et de prévoir les futurs griefs. Ce travail a commencé rue de Montpensier bien avant l'enregistrement des saisines. A cet effet, le Président (à l'époque M. Yves Guéna) a désigné un rapporteur à l'avance (en fait, dès le dépôt du projet de loi). Après l'enregistrement du recours, l'entier dossier de la procédure législative est remis au rapporteur et mis à la disposition des autres membres.

## 3. La recherche documentaire

Au Conseil constitutionnel, le poids du précédent est important, pour ne pas dire décisif. Aussi l'examen de la constitutionnalité nécessite-t-il la constitution d'un dossier documentaire regroupant les précédentes décisions intervenues dans le domaine de la loi examinée. Ce rassemblement des précédents comprend un volet national, un volet européen (même si la contrariété de la loi à une norme européenne n'est toujours pas regardée en soi comme une cause d'inconstitutionnalité) et, le cas échéant, un volet de droit comparé.

## 4. Les lectures préliminaires

Le rapporteur, le secrétaire général et les trois membres du service juridique :

- prennent connaissance des rapports et des passages des débats parlementaires susceptibles d'éclairer la portée des dispositions en litige,
- lisent les articles de presse (générale mais surtout spécialisée) consacrés au texte contesté,
- manient quotidiennement le texte de loi "consolidé" .

L'adoption définitive de la loi, puis la saisine du Conseil constitutionnel, ouvrent une nouvelle phase du "procès" fait à la loi.

## **II / LE PROCES FAIT A LA LOI AU COURS DU CONTENTIEUX CONSTITUTIONNEL**

### **A / L'acte d'accusation : la saisine**

Le Conseil constitutionnel est tenu de répondre aux arguments de la saisine officielle, signée par les personnalités habilitées par le texte constitutionnel (1). Néanmoins, de nombreux opposants au texte (syndicats, associations...), y compris un groupe de parlementaires en nombre insuffisant pour présenter une saisine recevable, ont cherché à faire connaître leur position par le biais d'interventions connues dans le « jargon » du Conseil sous le nom de "portes étroites" (2). Le groupe socialiste a fait parvenir au Conseil constitutionnel une réplique aux observations du Gouvernement (3).

Deux singularités ont marqué la procédure :

- Une délégation des parlementaires contresignataires des saisines a été reçue au Conseil par le rapporteur ;
- Les répliques comportaient des conclusions nouvelles.

#### **1. Les saisine officielles**

La saisine officielle a été déposée au Conseil (et transmise sous forme électronique) dès le vote solennel de la loi en nouvelle lecture, après CMP.

En général, c'est dans les jours qui suivent l'adoption définitive de la loi que les saisissants la défèrent au Conseil constitutionnel.

Ils n'attaquent cependant que certains articles. Ainsi, même pour un texte aussi controversé que la loi Perben II, la majeure partie des dispositions n'a suscité de critiques de fond ni dans les motions de procédure, ni dans les recours. Elle peut être considérée comme consensuelle.

Le Conseil s'estime saisi de l'ensemble du texte.

Il répond avant tout aux griefs développés dans les recours, mais il peut soulever spontanément, à propos de dispositions attaquées, des griefs auxquels les requérants n'avaient pas pensé.

Surtout, il peut examiner d'office des dispositions non contestées par les auteurs des saisines. Il n'y a guère de règle en la matière. On notera seulement que sont généralement examinés d'office, outre les dispositions critiquables au regard de grands principes (droits fondamentaux, souveraineté nationale etc.), les divers types de « cavaliers » (législatifs, budgétaires et sociaux, selon la catégorie de loi qui en est le siège) et, en fonction des « messages » que souhaite délivrer le Conseil, telle ou telle autre disposition. S'il s'en abstient, cela est indiqué dans un « considérant balai » ("il n'y a lieu de soulever d'office aucune question de constitutionnalité"). Lorsque le Conseil constitutionnel s'apprête à examiner d'office une disposition, le Gouvernement en est avisé et peut s'expliquer par voie de « fiche ». Est ainsi respecté, dans un cadre processuel certes très particulier, l'un des canons européens du procès équitable.

Le service de la documentation produit immédiatement un dossier documentaire regroupant les textes et les jurisprudences invoquées par la saisine, afin de donner au plus tôt à l'ensemble des membres du Conseil la pleine mesure de l'argumentation des parlementaires requérants. Il faut noter que les mémoires successifs sont diffusés aux membres aussitôt que reçus et qu'à l'exception du rapport lui-même (dont ils ne prennent connaissance que lors de la séance), les membres autres que le rapporteur sont informés « en temps réel ». Ainsi, le projet de décision, le dossier documentaire et la « loi consolidée » leur sont remis au moins deux jours avant la séance. Aucun membre du Conseil ne découvre les questions au dernier moment et des discussions sont donc possibles dès avant la séance.

Ces procédés permettent au rapporteur d'associer ses collègues à sa réflexion et, en cas de divergence, de préparer des rédactions alternatives. Ils contribuent en grande partie à centrer le délibéré sur l'essentiel.

## 2. Les "portes étroites"

Les personnes habilitées à saisir le Conseil constitutionnel sont limitativement énumérées par la Constitution [Article 61 : "(...) les lois peuvent être déférées au Conseil constitutionnel, avant leur promulgation, par le président de la République, le Premier ministre, le

président de l'Assemblée nationale, le président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs."].

Pourtant, des particuliers, mais surtout des associations ou des syndicats, n'hésitent pas à faire parvenir au Conseil leurs "observations". Le rapporteur du Conseil peut décider de les transmettre ou non aux autres membres, en fonction de leur intérêt pour l'examen de la constitutionnalité du texte.

Selon leurs mérites et la charge de travail du Conseil, ces portes étroites sont purement et simplement archivées, prises en compte dans leurs lignes générales ou lues de façon attentive. Elles peuvent conduire à soulever d'office des questions de constitutionnalité ou, tout au moins, à appeler l'attention sur certains aspects qui auraient pu échapper au Conseil constitutionnel, surtout dans des textes volumineux. Les portes étroites sont le plus souvent très argumentées et dirigées contre le texte. Mais il arrive aussi qu'elles interviennent au soutien de mesures contestées. En aucun cas le Conseil n'y répond explicitement. Il ne s'estime pas non plus obligé de porter à leur lecture le même soin qu'à celle des écritures des requérants, car ce serait ouvrir une voie de recours aux particuliers ou aux personnes morales. Or une telle voie de recours a été écartée par le Constituant après les débats que l'on sait au tournant des années 1990.

Le Conseil n'est tenu de répondre expressément qu'aux griefs invoqués par les requérants. Depuis l'ouverture de la saisine à 60 députés ou 60 sénateurs en 1974 [Loi constitutionnelle n°74-904 du 29 octobre 1974, JO du 30 octobre 1974 p. 11035], c'est en effet essentiellement à l'opposition parlementaire qu'il appartient, en France, de requérir contre la loi. Il y a là sans aucun doute une singularité française dans le concert des Etats de droit pratiquant le contrôle de constitutionnalité des lois.

Le procès fait à la loi est moins ouvert en France que dans les autres démocraties, mais il est aussi beaucoup plus efficace (du point de vue de l'exhaustivité et de la rapidité du contrôle) et plus politique (en raison de la qualité des requérants et de la proximité des débats, qui porte les médias à une lecture idéologique des décisions du Conseil).

Par son caractère simple et fruste, il offre l'avantage de la sécurité juridique, puisque la disposition promulguée acquiert une immunité constitutionnelle et que la disposition déclarée inconstitutionnelle est censurée avant d'avoir reçu un commencement d'application (elle ne sera même pas publiée au JO).

Au demeurant, l'ouverture limitée du prétoire constitutionnel *ratione personae* (60 députés ou 60 sénateurs) et *ratione temporis* (avant promulgation, soit, au maximum, pendant les 15 jours suivant l'adoption du texte) est compensée, s'agissant de la protection des droits fondamentaux, par la très large ouverture du contrôle de conventionnalité. Tout juge [y compris le Conseil constitutionnel lui-même lorsqu'il statue en tant que juge électoral] peut, en France, écarter l'application d'une disposition législative (même fraîchement votée) contraire à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, au pacte de New York ou demain, sans doute, à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

### 3. La double saisine

Dans le cas de la loi Perben II, il y a eu en réalité deux saisines jumelles: l'une émanant de plus de soixante députés, l'autre de plus de soixante sénateurs [le Conseil constitutionnel a été saisi le 11 février 2004 par deux saisines rédigées en termes identiques, l'une signée par plus de 60 députés et l'autre par plus de 60 sénateurs. Il s'agissait dans les deux cas des membres du groupe parlementaire socialiste].

Elles ont été enregistrées aussitôt après l'adoption définitive du texte. Comme l'exige la procédure, elles étaient accompagnées de contresigns dont le service juridique du Conseil a vérifié le nombre et l'authenticité [après chaque élection générale ou partielle, le Conseil reçoit un échantillon des signatures des parlementaires en début de mandat].

A la suite de la communication aux requérants des observations du Gouvernement, une réplique a été enregistrée [mémoire enregistré le 27 février 2004]. Le mémoire émanait du groupe parlementaire requérant, mais n'était pas contresigné. Or il comportait des conclusions nouvelles.

Une telle réplique est-elle recevable?

La situation s'est rarement présentée, car la pratique des répliques, fréquente, se borne généralement à réfuter l'argumentation du Gouvernement.

Le dernier précédent en la matière est celui de la loi sur l'immigration (décision du 20 novembre 2003) : la réplique contestait en détails un article mentionné dans la saisine initiale, mais à propos duquel celle-ci ne développait aucune argumentation.

Dans le cas de la loi Perben II, la réplique mettait en cause deux articles importants qui n'étaient pas même mentionnés dans la saisine initiale.

Le Conseil aurait pu regarder ces conclusions nouvelles comme irrecevables à défaut d'être accompagnées des soixante contreseings exigés par l'article 61 de la Constitution depuis la révision de 1974.

La Constitution laisse un délai de quinze jours au Chef de l'Etat pour promulguer une loi définitivement adoptée par le Parlement et impartit au Conseil un délai d'un mois (à compter de l'enregistrement de la saisine à son secrétariat général) pour rendre sa décision. Elle précise que la saisine du Conseil constitutionnel suspend le délai de promulgation. Rien n'est dit en revanche sur le nombre de saisines que peut examiner le Conseil avant la promulgation de la loi.

Les principes doivent ici prendre en compte la nécessité : admettre des conclusions mettant en cause de nouveaux articles la veille de la séance, surtout si celle-ci se situe en fin de délai, ne serait pas pratiquement possible. Le Conseil ne s'estime donc pas tenu de répondre à une argumentation présentée dans de pareilles conditions.

La réplique ne respectant pas l'exigence de contreseing, le Conseil aurait donc pu se dispenser de répondre aux conclusions nouvelles.

Mais nous sommes en démocratie et les requérants sont des parlementaires, représentants de la souveraineté nationale ! Le Conseil a préféré examiner d'office les deux articles contestés dans la seule réplique, de façon à ne pas laisser celle-ci sans réponse. La solution est courtoise autant que prudente. Le Conseil répond, mais indique [le fait que les deux articles (121 et 186) soient examinés d'office se marque par l'emplacement des considérants correspondants (en fin de décision) et par l'absence d'analyse de moyens] qu'il n'était pas obligé de le faire.

A partir de la saisine du Conseil constitutionnel, les débats sont-ils encore contradictoires? Autrement dit, le procès constitutionnel est-il réellement un "procès"?

### **B / Des débats contradictoires?**

La saisine ayant été communiquée immédiatement au Gouvernement, celui-ci produit un mémoire en défense. Comme il a été dit plus haut, ce dernier est diffusé sans attendre à tous les membres du Conseil

Auparavant, il a présenté au rapporteur de premières observations orales. Les représentants du Gouvernement (Secrétariat général du Gouvernement, cabinets ministériels et départements ministériels intéressés) sont en effet reçus au Conseil

préalablement au dépôt de ses observations écrites. Le rapporteur les interroge librement afin d'éclairer ses réflexions. Outre ses observations en défense, le Gouvernement est amené à fournir diverses fiches techniques à la demande du rapporteur.

Les requérants peuvent-ils être entendus oralement? Pour la loi Perben II, la réponse est positive, puisqu'une délégation de députés et de sénateurs socialistes a été reçue au Conseil afin d'exprimer avec solennité la position de l'opposition qui considérait le texte comme "liberticide" [vendredi 13 février 2004, délégation de six députés et sénateurs socialistes].

Mais cette procédure est exceptionnelle. Il n'y a le plus souvent de débat oral au Conseil constitutionnel qu'avec les représentants du Gouvernement, lequel tient le rôle soit de défendeur (ce qui se comprend lorsque les dispositions attaquées figuraient déjà dans le projet de loi ou sont issues d'amendements déposés par le Gouvernement ou soutenus par lui), soit d'avocat commis d'office (lorsque se trouve en cause une disposition issue d'un amendement parlementaire qui n'a pas recueilli l'approbation du Gouvernement ou qui, tout au moins, a suscité chez lui assez de réserve pour qu'il s'en remette, selon l'expression consacrée, à la « sagesse de l'assemblée »).

Cette dissymétrie entre requête et défense est-elle contestable?

- Oui car l'égalité des armes imposerait d'entendre les saisissants et les parlementaires partisans du texte dans le cadre d'un réel débat contradictoire.
- Non car le Conseil constitutionnel, en raison de son mode de saisine, est moins une juridiction qu'un organe de régulation juridique des institutions politiques nationales. Que le Conseil constitutionnel soit moins une juridiction au sens classique qu'un organe de régulation juridique du système français de séparation des pouvoirs est d'ailleurs attesté par le mode de désignation de ses membres. De toutes façons, les contraintes objectives (en particulier temporelles) de sa saisine interdiraient un « plein contradictoire », surtout s'il devait revêtir un caractère public et donner lieu à expertises diverses [mais l'intégration dans la Constitution de la Charte de l'environnement ne l'obligera-t-il pas demain à jouer les experts dans des domaines d'une extrême technicité ? Et pourra-t-il le faire sans se dérober ou sans se défausser sur des « sachants » dans le bref délai qui lui est imparti ?]. Enfin, le déséquilibre relevé ci-dessus, du point de vue du débat oral, entre requérants et défendeurs est corrigé par le fait que le dernier mot appartient aux requérants (puisque la réplique est la dernière pièce du contradictoire dans l'ordre chronologique).

La vraie question est celle de la représentation des parlementaires favorables au texte (rapporteurs, présidents des commissions compétentes, auteurs des

amendement critiqués). Les démarches faites à cet égard par le Conseil constitutionnel au début de la présidence de M. Badinter se sont heurtées jusqu'ici à une fin de non recevoir polie, mais ferme : ayant voté la loi, le Parlement n'a plus à justifier de ses choix.

Cette position valait d'ailleurs aussi pour l'audition des requérants : celle-ci ayant été également suggérée par le Président Badinter en 1986, elle fut écartée par les présidents des assemblées : les requérants ayant exposé leur argumentation dans la saisine, point n'est besoin de commentaires oraux supplémentaires.

Cette position de principe quant aux auditions de parlementaires requérants (et surtout défendeurs) est-elle amenée à changer à l'avenir ? Notons que, d'ores et déjà, elle souffre des exceptions, puisque, outre la loi Perben, le rapporteur de la loi organique relative aux lois de finances (LOLF) a reçu ensemble les rapporteurs des deux assemblées en 2000. Il est vrai que la chose est beaucoup moins difficile à organiser pour une loi organique de caractère consensuel que pour un texte controversé sur lequel les deux assemblées divergeraient.

Là encore, le changement de la position de principe ne résoudrait pas les problèmes pratiques de gestion de l'agenda et de confrontation des acteurs de la procédure législative.

Pour une cour constitutionnelle obligée, comme le Conseil constitutionnel, à statuer dans un délai très court, de tels problèmes ne sont nullement subalternes, même s'ils sont négligés par une doctrine qui exige la transparence mais ne s'interroge ni sur ses modalités ni sur sa faisabilité.

Les membres du Conseil constitutionnel se réunissent à une date non publique [La presse a révélé la date du 4 mars (*Le Monde*, Dimanche-Lundi 15-16 Février). La séance a été en définitive fixée deux jours plus tôt, soit le mardi 2 mars, et rendue publique le mercredi 3 mars à 11 heures]. Les débats et le rapport ne sont pas publics. Toute publication d'opinion dissidente est proscrite, ce qui est commun à la tradition juridictionnelle française et se justifie particulièrement pour une cour nommée par des autorités politiques et statuant à chaud sur des textes suscitant des clivages idéologiques parfois intenses. La connaissance publique de la position de chacun ne réveillerait-elle pas des allégeances partisans dont le secret délivre aujourd'hui l'intéressé ?

Seule la décision (n° 2004-492 DC) et les informations dont le secrétariat général l'assortit (communiqué de presse (3 mars 2004), dossier documentaire, commentaire

aux Cahiers du Conseil constitutionnel, indexation des décisions au recueil de jurisprudence, bilan d'activité annuel ...) sont rendus publics. Encore cette information périphérique doit-elle être comprise comme l'oeuvre des collaborateurs du Conseil et d'eux seuls. Elle ne saurait engager les membres du Conseil, ainsi que cela est rappelé à chaque page du site Internet du Conseil ([www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr)).

Tenus par leur serment à un devoir de réserve draconien, les membres du Conseil ne s'expriment que collégalement au travers de leurs décisions.

### **C / Les problèmes de communication du Conseil constitutionnel**

Dans le cadre de ce « procès fait à la loi », le Conseil est dans la position du juge.

Sa décision a un impact considérable, tant juridique que politique.

- Juridiquement, les censures interdisent la promulgation des dispositions déclarées inconstitutionnelles et conduisent à la publication au Journal Officiel d'un texte amputé des dispositions censurées. Les "réserves" d'interprétation, qui orientent l'application des dispositions litigieuses dans une direction particulière, évitent leur censure en les "vidant de leur venin". Ces réserves sont désormais rappelées dans le dispositif de la décision afin de souligner qu'elles en constituent le soutien nécessaire et sont en conséquence revêtues de l'autorité que confère aux décisions du Conseil constitutionnel l'article 62 de la Constitution. C'est dire que ces réserves lient toutes les autorités administratives et juridictionnelles françaises. La loi Perben II en fournit plusieurs illustrations. La plus importante précise les devoirs de l'autorité judiciaire dans la mise en oeuvre des procédures exceptionnelles prévues par la loi dans le cadre des poursuites, enquêtes et instructions visant les infractions commises en « bande organisée ».
- Politiquement, censures et réserves risquent toujours d'être interprétées comme un désaveu global du Gouvernement. En témoignent les déclarations faites dans la presse par divers responsables politiques, associatifs et syndicaux à la suite de la décision Perben II. Mais il se peut aussi que ces responsables estiment que « le compte n'y est pas ». La majorité et le Gouvernement auront, quant à eux, tendance à minimiser censures et réserves et à voir une défaite de l'opposition dans le rejet des griefs. A certaines occasions, dans le passé, la partie la plus mécontente n'a pas hésité à dénoncer (selon la cas) le gouvernement ou la démission des juges. Le plus souvent, la décision du Conseil clôt les polémiques (ce qui a été en gros le cas en l'espèce) et remplit une fonction d'apaisement, chacun y trouvant motif de se réjouir ou de se résigner. Toutefois, le risque de remise en cause de la légitimité du Conseil ne peut jamais être écarté. Sur ce point, on peut estimer soit que le Conseil n'est pas une institution complètement mûre, soit que c'est la société française qui n'est pas complètement mûre pour une telle institution. Aussi le Conseil est-il incité à rendre des jugements de Salomon. Cette posture n'est toutefois possible que dans la mesure permise par les impératifs du raisonnement juridique. A long terme, la légitimité du Conseil constitutionnel est tout entière dans la cohérence et dans la prévisibilité de sa jurisprudence.

Lorsque l'affaire a défrayé la chronique, le secrétaire général du Conseil constitutionnel reçoit la presse afin d'expliquer les tenants et les aboutissants de la décision. Cela a été le cas de la loi Perben II, comme de la récente loi sur l'immigration (novembre 2003) ou de la réforme des retraites (août 2003). La décision et les informations l'accompagnant (texte déferé, communiqué, contradictoire, documents pertinents, commentaire aux Cahiers du Conseil) sont simultanément « mis en ligne » sur le site.

En l'espèce, le dossier de presse (clair et fort complet) et les propos tenus « off the record » par le secrétaire général lors de la conférence de presse ont sans doute limité les malentendus, mais ne les ont pas évités, comme en témoigne la lecture de la presse ou l'écoute des médias au cours des heures et jours suivant la décision du 2 mars 2004.

La décision du Conseil sur la loi Perben II a paru contenter tous les protagonistes. Le Garde des Sceaux s'est déclaré satisfait par une solution qui permet au texte de retrouver son orientation originare. L'opposition a interprété la position du Conseil comme un camouflet au Gouvernement. Magistrats et avocats semblent s'accommoder du texte résultant de la décision du Conseil. La doctrine soulignera à juste titre l'importance des deux effets principaux de la décision : le rétablissement de la nullité des procédures les plus attentatoires aux droits et libertés, lorsqu'elles ont été ordonnées à la légère (c'est-à-dire sans que les faits ne caractérisent suffisamment un crime ou délit en bande organisée), et la publicité de l'audience d'homologation dans la procédure du « plaider coupable ».

Finalement, le Conseil constitutionnel semble avoir joué un rôle de "médiateur" autant que de juge.

### **CONCLUSION : LE PROCES FAIT A LA LOI QUANT AU FOND...**

Sur le fond, le texte permet incontestablement de faire face à de nouvelles formes de criminalité. Comme l'illustre l'attentat de Madrid, survenu neuf jours après la décision, la criminalité organisée doit être combattue efficacement. Son développement est malheureusement établi par les statistiques officielles nationales et constaté par tous les organismes internationaux spécialisés. Il appelle des méthodes d'investigation et de poursuite adaptées à sa gravité. La critique radicale de la loi apparaît donc en décalage par rapport au monde réel. En revanche, il est vrai que les nouvelles procédures policières et judiciaires permises par la loi « Perben II » (comme par la loi

Perben I ou par la loi sur la sécurité intérieure) seraient attentatoires aux libertés si elles étaient employées hors de propos.

A cet égard, le Conseil constitutionnel souligne assez pédagogiquement que le déclenchement de telle ou telle des procédures exceptionnelles prévues par la loi Perben II doit être décidé par un juge du siège et seulement si ce dernier l'estime nécessaire à la poursuite d'infractions en bande organisée particulièrement graves. C'est au juge qu'il reviendra d'arbitrer entre, par exemple, l'inviolabilité du domicile et la possibilité d'appréhender des terroristes, des narcotrafiquants ou des gangs se livrant à la traite d'êtres humains. Le juge judiciaire est ainsi rappelé aux obligations inhérentes à son rôle dans une société démocratique.

Quant au rôle du Conseil constitutionnel, il était de s'assurer que de telles procédures ne seraient pas déclenchées de façon inconsidérée. Il me semble que, sur ce point capital, le Conseil a rempli la mission que lui confie la Constitution : veiller à ce que le législateur, lorsqu'il déplace le "curseur" entre deux principes constitutionnels contradictoires (ici : liberté individuelle et ordre public), ne "sacrifie" pas l'un à l'autre.

---

Ce texte est de Mademoiselle Hélène Hoepffner, stagiaire au Conseil constitutionnel au cours du premier trimestre 2004. Il a été relu et retouché par le Secrétaire général.