

Commentaire de la décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004

Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité

Définitivement adoptée le 11 février 2004, le texte a été déféré le même jour par plus de soixante députés et par plus de soixante sénateurs. Les deux saisines ne visaient que six articles (1, 14, 48, 63, 77 et 137) sur les 224 que compte la loi.

Les dispositions contestées modifient nos textes de droit pénal et surtout de procédure pénale en ce qui concerne :

- La lutte contre la criminalité et la délinquance organisées (articles 1^{er} et 14) ;
- Le fichier judiciaire des auteurs d'infractions sexuelles (article 48) ;
- Les pouvoirs du garde des sceaux (article 63) ;
- La nouvelle procédure dite du « plaider coupable » (article 137).

On les examinera dans cet ordre.

I La lutte contre la criminalité et la délinquance organisées (articles 1^{er} et 14)

L'article 1^{er} de la loi déferée complète le livre IV du code de procédure pénale par un titre XXV intitulé « De la procédure applicable à la criminalité et à la délinquance organisées » comprenant les articles 706-73 à 706-106.

Il institue, en vue de lutter plus efficacement contre les formes de criminalité et de délinquance organisées que le législateur a regardées comme les plus graves pour la société, diverses procédures et techniques d'investigation spéciales dans le cadre de l'enquête ou de l'instruction.

La mise en oeuvre de ces procédures relève de l'autorité judiciaire.

Leur détermination ne dépendra pas de la qualification juridique des faits initialement retenue par les OPJ. Ainsi, en indiquant (au I de l'article 14) que « *Le procureur est immédiatement avisé de la qualification des faits retenus par les enquêteurs dès qu'il est informé par ces derniers d'une garde à vue* », le législateur a nécessairement entendu que ce magistrat, loin d'être ultérieurement lié par cette qualification, devrait au contraire la contrôler sans tarder, conformément aux principes généraux de la procédure pénale et dans l'exercice des pouvoirs de direction des officiers et agents de police judiciaire du ressort de son tribunal qu'il tient de l'article 41 du code de procédure pénale. Le Conseil constitutionnel a expressément apporté cette clarification en 1993 à propos du report de l'entrevue de la personne gardée à vue avec un avocat (n° 93-326 DC du 11 août 1993, cons. 14).

A/ Economie générale des dispositions contestées

Avant d'entrer dans le détail de l'argumentation développée par les saisines, il convient de bien comprendre l'architecture du titre XXV inséré dans le livre IV du code de procédure pénale (ci après CPP) par l'article 1^{er} de la loi déferée. Au passage, on examinera d'un peu près les nouveaux moyens d'investigation mis à la disposition de la justice.

1) L'article 706-73 énumère de façon limitative quinze types de crimes et délits qui ont en commun, en première approximation, leur degré de gravité et le fait d'être commis en bande organisée.

2) Après ces deux articles introductifs, qui fixent le champ d'application du nouveau titre, se trouve un chapitre 1^{er} intitulé « compétence des juridictions spécialisées » (art. 706-75 à 706-79).

3) C'est sur le chapitre III (intitulé « Procédure ») que se concentrent les critiques.

Il regroupe les spécificités procédurales applicables à l'enquête, à la poursuite et à l'instruction des crimes et délits énumérés au nouvel article 706-73 CPP.

a) Avec l'infiltration (qui fait l'objet de la section 2 et des articles 706-81 à 706-87 nouveaux du CPP, mais aussi des nouveaux articles 694-7 à 694-9 CPP en ce qui concerne l'entraide judiciaire internationale), le législateur étend à l'ensemble des crimes et délits énumérés à l'article 706-73 une méthode seulement utilisée jusqu'ici dans la lutte contre le trafic de stupéfiants (706-32 CPP).

L'infiltration doit être réalisée par un OPJ ou un agent de police judiciaire spécialement habilité.

A peine de nullité, elle doit être autorisée et spécialement motivée :

- par le procureur de la République dans le cadre de l'enquête de flagrance ou de l'enquête préliminaire ;

- par le juge d'instruction, après avis du procureur de la République, dans le cadre de l'instruction.

Sauf s'il révèle son identité, le témoignage d'un agent infiltré (qui bénéficie logiquement d'une protection pénale à raison de ses fonctions) ne peut servir de seul fondement à une condamnation.

Si ce témoignage met directement en cause une personne, celle-ci a droit à une confrontation avec l'agent au travers d'un dispositif technique dissimulant l'identité de ce dernier.

L'infiltration existe dans la plupart des législations des Etats européens et trouve sa consécration, souvent sous l'euphémisme d'« enquêtes discrètes », dans les instruments internationaux (par exemple : article 23 de la Convention relative à l'assistance mutuelle et à la coopération entre les administrations douanières du 18 décembre 1997).

La Cour européenne des droits de l'homme admet le procédé à condition qu'il soit décidé dans le cadre d'une procédure judiciaire, que l'intention criminelle préexiste à l'infiltration (l'agent infiltré ne doit pas provoquer l'infraction), que le témoignage anonyme de l'agent infiltré puisse être connu et contesté des prévenus et qu'il ne soit pas la cause déterminante de leur condamnation (Lüdi c/Suisse, 1992 ; Kostovski c/Pays Bas, 1995 ; Doorson c/Pays Bas, 1996 ; Van Mechelen c/Pays Bas, 1997).

b) Prolongation de la garde à vue

La garde à vue, dont le régime général est par ailleurs modifié (cf. articles 14 et 85 de la loi déferée), pourra être prolongée, selon les cas, de 24 heures (renouvelable une fois) ou de 48 heures (par une seule décision). Cette prolongation ne vise que la poursuite des crimes et délits du nouvel article 706-73 CPP.

- Les requérants estiment en premier lieu que cette prolongation porte une atteinte disproportionnée à la liberté individuelle.

Certes, en application de la loi déferée, les prolongations pourront porter la durée totale de la garde à vue à 96 heures.

C'est déjà le cas, depuis la loi du 31 décembre 1970, en matière de trafic de stupéfiants et, depuis la loi du 9 septembre 1986, en matière de terrorisme. Le Conseil constitutionnel l'a admis dans sa décision n° 86-213 DC du 3 septembre 1986 (cons. 15 à 17).

La prolongation doit être rendue nécessaire par la conduite de l'enquête ou de l'instruction relative à l'une des infractions énumérées à l'article 760-73, c'est-à-dire celles qui, selon le législateur, constituent les formes les plus graves de criminalité et de délinquance organisées.

De plus, la ou les prolongations devront conserver un caractère exceptionnel et être ordonnées, sous forme écrite et motivée, par un magistrat du siège qui sera :

- soit le juge des libertés et de la détention sur requête du procureur (si une information n'est pas ouverte) ;
- soit par le juge d'instruction (si une information est ouverte).

La décision de prolongation ne peut être prise qu'après comparution de la personne devant le JLD ou le juge d'instruction. Elle est assurée d'être examinée par un médecin - même si elle ne le demande pas - afin de vérifier son aptitude au maintien en garde à vue. Elle est avisée de son droit de demander un nouvel examen médical.

La personne dont la garde à vue est prolongée en application du nouvel article 706-88 CPP a le droit de s'entretenir avec un avocat, selon les modalités prévues à l'article 63-4 CPP (lui-même modifié par les articles 14 et 85 de la loi déferée)

Quand cela sera-t-il possible ?

- s'il s'agit de terrorisme ou de trafic de stupéfiants, le premier contact avec l'avocat ne pourra avoir lieu qu'à la 72^{ème} heure (donc au bout de trois jours). Rien n'est changé par rapport au droit antérieur sur ce point, les 96 heures de garde à vue s'appliquant en outre déjà à ces crimes.

- s'il s'agit des autres crimes et délits de l'article 706-73 CPP, le premier contact avec l'avocat aura lieu le plus souvent à la 48^{ème} heure et non plus à la 36^{ème} heure comme antérieurement.

Un deuxième contact sera possible à la 72^{ème} heure si la garde à vue se prolonge jusque là. Dans quelques cas, le premier contact avec l'avocat passera au contraire de la 36^{ème} à la première heure (destruction en bande organisée par exemple).

Cette augmentation de douze heures de la durée à partir de laquelle le gardé à vue a droit à s'entretenir avec l'avocat ne joue, répétons le, que pour la criminalité et la délinquance organisées.

S'agissant du droit commun, le régime est rationalisé et les modifications qui lui sont apportées relativement équilibrées, puisque, si le gardé à vue perd le droit de voir son avocat à la vingtième heure, il pourra le voir, en cas de prolongation de la garde à vue, dès le début de la seconde journée et non plus à la 36^{ème} heure comme aujourd'hui.

La possibilité, pour le législateur, de différer le contact du gardé à vue avec un avocat avait été acceptée par le Conseil constitutionnel en 1993 (n° 93-326 DC du 11 août 1993, cons. 9 à 13) et à nouveau en 1994 (n° 93-334 DC du 20 janvier 1994, cons. 16 à 19) en raison de la spécificité de la criminalité organisée.

Le Conseil constitutionnel y a cependant mis des conditions : les distinctions établies ne doivent pas reposer sur des « discriminations injustifiées ». A cet égard, on notera l'étroite parenté existant entre la liste du nouvel article 706-73 CPP et celle figurant à l'actuel septième alinéa de l'article 63-4 CPP, laquelle fait déjà référence à l'association de malfaiteurs et avait été admise par le Conseil constitutionnel.

Par ailleurs, la jurisprudence du Conseil constitutionnel du 11 août 1993 (n° 93-326 DC précitée, cons. 15) est respectée dès lors que les nouvelles dispositions prévoient au moins un contact avec l'avocat pour les personnes qui, en raison de la complexité de l'affaire et de la gravité des faits, seront désormais gardées à vue plus de 48 heures.

- Est également mis en cause le VII ajouté par l'article 14 de la loi déferée à l'article 4 de l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante.

Aux termes de ce VII :

« Les dispositions de l'article 706-88 du code de procédure pénale, à l'exception de celles de la deuxième phrase de son dernier alinéa, sont applicables au mineur de plus de seize ans lorsqu'il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'une ou plusieurs personnes majeures ont participé, comme auteurs ou complices, à la commission de l'infraction ».

S'agissant des infractions présentant la gravité et la complexité de celles mentionnées à l'article 706-73 nouveau du CPP, le principe fondamental reconnu par les lois de la République dégagé par le Conseil constitutionnel en matière de droit pénal des mineurs (n° 2002-461 DC du 29 août 2002, cons. 26) ne s'oppose par lui-même ni à la garde à vue de mineurs âgés de plus de seize ans, ni à sa prolongation (en ce sens : même décision, cons. 33 à 38).

Lorsque l'ordonnance du 2 février 1945 sur l'enfance délinquante n'en dispose pas autrement, les dispositions du code de procédure pénale sont applicables aux mineurs. Les dérogations au droit commun tantôt écartent l'application aux mineurs de telle ou telle disposition, tantôt en aménagent les conditions d'application à l'égard des mineurs.

S'agissant de la garde à vue, l'article 4 de l'ordonnance du 2 février 1945 exclut que les mineurs de moins de treize ans soient placés en garde à vue. Les autres mineurs peuvent faire l'objet d'une garde à vue mais ont droit à un avocat dès le début de celle-ci. En outre, la prolongation de leur garde à vue exige la présentation devant le magistrat compétent et les auditions doivent être enregistrées.

La loi déferée ne modifie en rien ces dispositions.

En revanche, elle permet la prolongation de la garde à vue de mineurs de plus de seize ans, alors que, en l'état du droit, la garde à vue des mineurs de plus de treize ans ne peut être prolongée (jusqu'à quatre jours) qu'en matière de trafic de stupéfiants.

Sont concernés les mineurs de plus de seize ans « *lorsqu'il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'une ou plusieurs personnes majeures ont participé, comme auteurs ou complices, à la commission de l'infraction* ».

La disposition critiquée ne pouvait être regardée comme contraire au principe d'égalité dès lors qu'elle répondait au souci de « garantir le bon déroulement des enquêtes et protéger les mineurs de tous risques de représailles susceptibles d'émaner des adultes impliqués » (considérant 38).

c) Perquisitions

La section 4 du chapitre II du nouveau titre du CPP est consacrée aux perquisitions décidées dans le cadre de la lutte contre la criminalité et la délinquance organisées. Toutefois la loi déferée (en son article 14) aménage également le régime général des perquisitions. Les deux séries de dispositions étaient contestées comme portant atteinte aux droits de la personne.

- Les perquisitions relatives aux infractions du nouvel article 706-73 CPP font l'objet des articles 706-89 et suivants insérés dans le CPP par l'article 1^{er} de la loi déferée.

Dans le prolongement des mesures de perquisitions déjà utilisables en matière de lutte contre le terrorisme, contre le proxénétisme et contre le trafic de stupéfiants (mesures dont le Conseil constitutionnel a eu à connaître s'agissant du terrorisme), les nouveaux articles 706-89 à 706-94 CPP étendent les moyens d'action de la justice :

- Des perquisitions de nuit sans le consentement des intéressés seront désormais possibles, comme en matière de lutte contre le terrorisme, lorsque l'exigent les nécessités de l'enquête de flagrance (art. 706-89), à condition que l'infraction en cause soit l'une de celles énumérées à l'article 706-73 CPP. Ces perquisitions devront être autorisées par le JLD, à la requête du procureur.

- L'article 706-90, applicable à l'enquête préliminaire, permet les perquisitions de nuit sur autorisation du juge des libertés et de la détention, saisi sur requête du procureur de la République, lorsque ces opérations ne concernent pas des locaux d'habitation.

- Si les nécessités de l'information ouverte sur l'une des infractions énumérées à l'article 706-73 l'exigent, le juge d'instruction, ou le JLD dans le cadre d'une enquête préliminaire, pourra également ordonner des perquisitions de nuit, hors des locaux d'habitation.

S'agissant des locaux d'habitation, le juge d'instruction ne pourra décider la perquisition de nuit.

Toutefois, le juge d'instruction pourra prendre la décision de perquisitionner de nuit un local d'habitation dans trois cas :

- crime ou délit flagrant ;
- risque immédiat de disparition de preuves ;
- existence d'une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'une ou plusieurs personnes présentes dans les locaux sont en train de commettre un des crimes ou délits de l'article 706-73.

Le « risque immédiat de disparition de preuves ou d'indices matériels » au regard duquel le juge d'instruction peut ordonner une perquisition de nuit doit s'entendre, a jugé le Conseil, comme ne permettant une perquisition de nuit que si celle-ci ne peut être réalisée dans d'autres circonstances de temps

Les divers cas de perquisition nocturne sur ordre judiciaire sont soumis à des exigences communes :

- l'autorisation doit être donnée par un juge du siège : JLD ou, dans des cas justifiés par l'urgence, juge d'instruction ;

- il doit exister une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner que les faits se rattachent à l'un des crimes ou délits énumérés à l'article 706-73 ;

- doivent être respectées les formalités prévues à l'article 706-92 nouveau du CPP, aux termes duquel : *« A peine de nullité, les autorisations sont données pour des perquisitions déterminées et font l'objet d'une ordonnance écrite, précisant la qualification de l'infraction dont la preuve est recherchée ainsi que l'adresse des lieux dans lesquels les visites, perquisitions et saisies peuvent être faites ; cette ordonnance (...) est motivée par référence aux éléments de fait et de droit justifiant que ces opérations sont nécessaires. Les opérations sont faites sous le contrôle du magistrat qui les a autorisées, et qui peut se déplacer sur les lieux pour veiller au respect des dispositions légales (...) »*.

Dans ces conditions, sont respectées les strictes conditions de procédure auxquelles la décision n° 96-377 DC du 16 juillet 1996 subordonne les perquisitions de nuit (cons. 18).

- Le II de l'article 14 de la loi déferée, pour sa part, modifie l'article 76 CPP, de portée générale, relatif aux perquisitions réalisées au cours d'une enquête préliminaire.

Dans sa rédaction actuelle, l'article 76 CPP subordonne les perquisitions, visites domiciliaires et saisies de pièces à conviction à l'assentiment exprès de la personne chez laquelle l'opération a lieu.

Le nouvel article 706-89 CPP (inséré par l'article 1^{er} de la loi attaquée), dans la rédaction que lui donnait le projet de loi déposé au Parlement, prévoyait la possibilité de procéder à des perquisitions sans l'accord de la personne pour toutes les infractions entrant dans le champ de l'article 706-73 nouveau du code de procédure pénale.

Le Sénat, suivi par l'Assemblée nationale, a souhaité simplifier les règles applicables en matière de perquisitions. La multiplication de régimes dérogatoires figurant dans différentes parties du code de procédure pénale risque en effet d'être à l'origine de vices de procédure.

Le Parlement a donc supprimé l'ensemble des dispositions figurant dans le code et le projet de loi qui prévoient un régime dérogatoire en matière d'enquête préliminaire. En contrepartie, il a prévu, à l'article 76 CPP, que des perquisitions pourraient avoir lieu au cours d'une enquête préliminaire, sans l'accord de la personne intéressée, dès lors que l'enquête porte sur une infraction punie d'au moins cinq ans d'emprisonnement.

La modification proposée permettra de clarifier les règles relatives aux perquisitions sans remettre en cause les principes fondamentaux de l'enquête judiciaire :

- Certes la modification permettra plus facilement de procéder à des perquisitions au cours des enquêtes préliminaires ;
- Le procureur de la République ne pourra pour autant les ordonner de sa propre initiative : ce sera au juge des libertés et de la détention qu'il appartiendra de le faire, s'il le juge nécessaire à la manifestation de la vérité et au rassemblement des preuves ;
- A peine de nullité, le JLD précisera la qualification de l'infraction dont la preuve est recherchée, ainsi que les lieux de l'opération. Sa décision sera écrite et motivée par référence aux éléments de fait et de droit justifiant la nécessité de la mesure ;
- Les perquisitions seront effectuées sous le contrôle du juge des libertés et de la détention, qui pourra se déplacer sur les lieux pour veiller au respect des dispositions légales ;
- Si les opérations révèlent des infractions autres que celles visées dans la décision du JLD, les procédures incidentes ne seront pas nulles. En revanche, les opérations ne peuvent, à peine de nullité, avoir un autre objet que la recherche et la constatation de l'infraction visée par le JLD.

Compte tenu de l'ensemble des précautions ainsi prises, le législateur a opéré une conciliation équilibrée entre la protection de la vie et du domicile privés, d'une part, et la poursuite des auteurs d'infractions, d'autre part, qui ont les unes et les autres valeur constitutionnelle.

En particulier, il n'a institué aucune « rigueur non nécessaire », au sens de l'article 9 de la Déclaration de 1789.

d) La section 5 est consacrée aux « interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications ».

Là encore, le terrain n'est pas vierge, puisque de telles interceptions de communications téléphoniques, sur mandat judiciaire, sont d'ores et déjà possibles sous l'empire des articles 100 et suivants CPP et qu'elles ont conduit, on le sait, à l'élucidation de nombreux crimes en bande organisée.

Certes, de tels moyens d'interception doivent être maniés à bon escient, faute de quoi ils présenteraient incontestablement des risques inadmissibles du point de vue du respect de la vie privée, qui est une exigence constitutionnelle (n° 99-416 DC du 23 juillet 1999, cons. 45). Mais ils sont en même temps indispensables à la protection de la collectivité contre la criminalité organisée qui menace les plus élémentaires des droits de l'homme.

Quelle extension des interceptions téléphoniques permet l'article 706-95 nouveau CPP ?

Elle consiste à prévoir que, sur requête du procureur et si l'exigent les nécessités de l'enquête de flagrance ou celles de l'enquête préliminaire sur des infractions relevant de l'article 706-73, le JLD peut autoriser l'interception, l'enregistrement et les transcriptions de correspondances émises par la voie des télécommunications et ce, selon les modalités fixées par les articles 100, 100-1 et 100-3 à 100-7 CPP pour une durée maximale de 15 jours renouvelable dans les mêmes conditions de forme et de durée.

Toutes ces opérations sont faites sous le contrôle du juge des libertés et de la détention.
On note aussi que la nouveauté :

- est circonscrite à la criminalité et à la délinquance organisées (art. 706-73) ;
- obéit aux mêmes garanties que le régime antérieurement prévu dans le seul cadre de l'instruction ;
- ne peut être mise en oeuvre à la seule initiative du parquet, puisqu'elle est autorisée et surveillée par le JLD.

Cet article, comme les précédents, n'appelait pas, en lui-même, de critique de constitutionnalité.

e) La section 6 - sans conteste la plus innovante- permet la mise en place de dispositifs techniques ayant pour objet, à l'insu et sans le consentement des intéressés, la captation, la fixation ou la transmission de paroles prononcées par une ou plusieurs personnes à titre privé, dans des lieux ou véhicules privés ou publics, ou de fixer leur image.

Les articles 706-96 à 706-102 nouveaux du code de procédure pénale subordonnent la mise en oeuvre de ces opérations à la décision d'un juge d'instruction.

Parce qu'il s'agit de procédés très intrusifs, il est hors de question de les utiliser pour vérifier une simple intuition. Il faut que les soupçons soient suffisamment consistants pour avoir provoqué une information.

Préoccupante par ses implications, cette méthode constitue cependant, comme l'enseigne l'expérience de pays comparables aux nôtres (Etats Unis, Grande Bretagne, Allemagne, Pays Bas), un outil indispensable de démantèlement des groupes criminels organisés.

La législation de la grande majorité des pays européens prévoit le recours à de tels dispositifs. Régulièrement sollicitées dans le cadre de l'entraide pénale internationale, en particulier par la Grande-Bretagne, l'Allemagne et l'Italie, les autorités judiciaires françaises ne pouvaient répondre favorablement à de telles demandes (les plus fréquentes concernant la sonorisation de véhicules utilisés par des trafiquants de stupéfiants ou par les réseaux de traite des êtres humains).

Les investigations devront respecter les conditions de fond suivantes :

- la sonorisation et la fixation d'images ne peuvent être ordonnées que si les nécessités de l'information le justifient. Il en résulte que les besoins de l'instruction devront être d'autant plus impérieux que sera élevé le degré d'intrusion dans la vie privée résultant de l'opération autorisée ;

- le juge d'instruction ne peut ordonner des sonorisations et fixations d'images que pour les crimes ou délits entrant dans le champ d'application de l'article 706-73 CPP.

Le législateur a imposé une gradation des autorités judiciaires responsables selon le degré d'intrusion dans la vie privée :

- il s'agira du juge d'instruction, après avis du procureur de la République, pour toute sonorisation et fixation d'image nécessitant l'introduction dans un véhicule ou lieu privé ;

- l'autorisation du JLD (saisi par le juge d'instruction) sera requise pour toute sonorisation et fixation d'image nécessitant l'introduction, de nuit, dans un lieu d'habitation.

Comme pour les mesures précédentes, la loi a subordonné la mise en oeuvre de ce procédé d'investigation à de strictes modalités procédurales, constituant autant de garanties qu'il n'y sera pas fait appel à la légèreté :

- La décision de sonorisation et de fixation d'images est prise par ordonnance motivée (article 706-96) ;

- Elle doit comporter tous les éléments d'identification des véhicules ou lieux privés ou publics, l'infraction qui motive le recours à la mesure, ainsi que la durée de la mesure (article 706-97) ;

- Un procès-verbal de chacune des opérations de mise en place du dispositif technique et des opérations de captation, fixation et enregistrement sonore ou audiovisuel est dressé (heures de début et fin des opérations) et les enregistrements sont placés sous scellés fermés (article 706-100) ;

- Seules les images ou conversations enregistrées utiles à la manifestation de la vérité sont décrites ou transcrites par le juge d'instruction ou l'O.P.J. par lui commis. Sur ce point aussi, une réserve du Conseil s'imposait : il est hors de question que les séquences de la vie privée étrangères aux infractions en cause soient conservés dans le dossier de la procédure ;

- Les enregistrements sonores ou audiovisuels sont détruits à la diligence du procureur de la République ou du procureur général à l'issue du délai de prescription de l'action publique (706-102) ;

- La durée de la mesure est de quatre mois au maximum, renouvelable dans les mêmes conditions de forme et de durée (706-98).

En fixant la durée maximale de l'interception à quatre mois renouvelables, le législateur entend éviter que l'exécution de la mesure puisse se prolonger indéfiniment, sur le fondement de la décision initiale du juge, sans que ce dernier se prononce, à intervalles réguliers et rapprochés, sur son utilité. L'exigence de motivation de l'ordonnance qui prolonge la mesure oblige à un réexamen scrupuleux par le juge des conditions de fond requise par le texte.

Compte tenu des précautions ainsi prises, les mesures de sonorisation et de fixation d'images ne devraient pas se heurter à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

4) La section 8, relative aux « dispositions communes », comprenait trois articles (706-104 à 706-106).

Etait fortement contesté le nouvel article 706-104 aux termes duquel : « *Le fait qu'à l'issue de l'enquête ou de l'information ou devant la juridiction de jugement la circonstance aggravante de bande organisée ne soit pas retenue ne constitue pas une cause de nullité des actes régulièrement accomplis en application des dispositions du présent titre* ».

Comme il a été dit, les procédures et moyens d'investigation exceptionnels prévus par l'article 1^{er} de la loi déferée, s'ils ne paraissent, par eux-mêmes, contraires ni aux règles ou principes de valeur constitutionnelle, ni aux exigences de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, prêteraient le flanc à la critique s'ils étaient utilisés de façon intempestive.

Parce qu'ils affectent de façon plus aiguë que les procédures et moyens d'investigation ordinaires soit la liberté individuelle (prolongation de la garde à vue), soit l'inviolabilité du domicile (perquisitions), soit le secret de la vie privée (interceptions de communications, sonorisation et fixation d'images dans les lieux privés), principes tous constitutionnellement protégés, ces moyens ne peuvent être mis en oeuvre inconsidérément par l'autorité judiciaire.

Ce qui veut dire que l'autorité judiciaire, fût-elle toujours un juge du siège, fût-elle le JLD, au moment où elle prend sa décision, doit estimer en toute conscience qu'elle dispose d'une ou de plusieurs raisons plausibles de soupçonner que les faits sur lesquels porteront les investigations (infiltrations, perquisitions nocturnes, écoutes, sonorisation...) ou les procédures dérogatoires (prolongements de la garde à vue) se rattachent à la criminalité organisée, c'est-à-dire, justement, compte tenu de la référence constante qu'y font directement ou indirectement les quinze items de l'article 706-73 CPP, que ces faits caractérisent une « bande organisée ».

Si tel n'était pas le cas, c'est-à-dire si le juge compétent avait agi à la légère, a fortiori en détournant sciemment les règles de procédure pénale, sa décision - et donc l'opération ordonnée par lui- devraient encourir la nullité.

Sans doute, selon une jurisprudence constante, l'éventualité que la loi donne lieu, lors de son application, à des fraudes, à des détournements ou à des abus n'entache-t-elle pas le texte d'inconstitutionnalité (par exemple : n° 86-207 DC des 25 et 26 juin 1986, cons. 76).

Mais le Conseil relève en pareil cas que, si de tels fraudes, abus ou détournements apparaissaient, « *il appartiendrait aux juridictions compétentes de paralyser et, le cas échéant, de réprimer de telles pratiques* ».

Or, précisément, les dispositions du nouvel article 706-104 CPP pouvaient avoir pour effet de mettre à l'abri de la nullité des procédures ou des mesures d'investigation exceptionnelles ordonnées par un magistrat qui, au moment où il se prononçait, ne disposait d'aucune raison plausible de soupçonner que les faits sur lesquels porterait la mesure ou la procédure en cause se rattachaient à l'un des crimes ou délits en bande organisée énumérés à l'article 706-73 CPP. Or le défaut de sanction de l'acte intempestivement ordonné viole à la fois des exigences constitutionnelles et conventionnelles.

Il y avait donc lieu de censurer l'article 706-104 CPP, tout en marquant que le dispositif eût été acceptable si le législateur s'en était tenu à l'hypothèse où le juge auteur de la mesure en cause a agi en toute bonne foi et en toute conscience au moment où il s'est prononcé.

Redevenait donc applicable (dès lors que le détournement peut être sanctionné par une nullité) la jurisprudence classique selon laquelle l'éventualité d'un détournement de la loi ne rend pas celle-ci inconstitutionnelle.

Reste à savoir, si cette notion de « bande organisée » est suffisamment claire et précise au regard du principe de légalité des peines énoncé à l'article 8 de la Déclaration de 1789 et, dans l'affirmative, si les différentes infractions énumérées à l'article 706-73 nouveau CPP présentent les caractéristiques justifiant des procédures et méthodes d'investigation comme celles figurant aux nouveaux articles 706-81 à 706-102 CPP.

B) La notion de bande organisée est-elle suffisamment précise ?

Pour les requérants, la notion de « bande organisée », à laquelle fait constamment référence l'article 706-73 nouveau CPP, était^{1^{er}} floue et imprécise.

a) La notion de « bande organisée » est définie à l'article 132-71 du code pénal : « *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 plusieurs infractions* ».

Cette notion de « bande organisée », qui figure dans le code pénal depuis de longues années, est une circonstance aggravante de divers crimes et délits.

Constitue par ailleurs une infraction en soi la participation à une « association de malfaiteurs » (art. 450-1).

Cet article définit l'association de malfaiteurs dans les mêmes termes que la bande organisée : « *Constitue une association de malfaiteurs tout groupement formé ou entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un ou plusieurs crimes ou d'un ou plusieurs délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement..* ».

Le degré de précision de la définition commune figurant aux articles 132-71 et 450-1 du code pénal n'est pas inférieur, tant s'en faut, à nombre d'autres dispositions de ce code.

La fréquence du renvoi par la loi pénale à cette définition a donné lieu à une jurisprudence et à une doctrine fournies qui en ont précisé les contours et permis de distinguer par exemple la « bande organisée » de la « coaction » ou des infractions commises en réunion. Pour opérer la distinction, la jurisprudence mobilise essentiellement des éléments comme la préméditation et l'organisation structurée des auteurs (voir par exemple la circulaire du 14 mai 1993 de la Direction des affaires criminelles [Voir, parmi de nombreux articles de doctrine : Henri Angevin, Jurisclasseur pénal, fascicule mis à jour au 1er juillet 2000, paragraphes 12 à 60]).

Cette définition est plus ancienne que le code pénal entré en vigueur le 1^{er} mars 1994, dans lequel elle a été incorporée dès 1992, puisqu'on en trouve une première formulation très proche aux articles 265 et 266 du code pénal de 1810 et une autre, quasiment identique à l'actuelle, à l'article 385 de l'ancien code pénal. Or cette dernière définition est issue de la loi n° 81-82 du 2 février 1981 (dite « sécurité et liberté ») que le Conseil constitutionnel a examinée et qu'il n'a pas censurée sur ce point [On peut même dire qu'il l'a déclarée non contraire à la Constitution, en vertu de l'article 2 de sa décision, puisqu'il décernait à l'époque un « brevet de constitutionnalité » à toutes les dispositions non censurées de la loi déferée] (n° 80-127 DC des 19 et 20 janvier 1981).

Cette définition ne se distingue pas fondamentalement non plus de celles adoptées par les divers instruments internationaux qui, depuis une vingtaine d'années, pressent les Etats démocratiques de lutter de façon spécifique contre la criminalité et la délinquance organisées. Ainsi, la convention des Nations-Unies contre la criminalité transnationale, adoptée à Palerme en décembre 2000, tente d'appréhender le crime organisé dans sa globalité.

Elle définit le « groupe criminel organisé » comme « *un groupe structuré de trois personnes ou plus existant depuis un certain temps et agissant de concert dans le but de commettre une ou plusieurs infractions graves pour en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel* ».

On le voit, le contenu de cette définition est proche de celui de notre bande organisée. Il résulte de tout ce qui précède que le grief tiré de l'imprécision de la notion de « bande organisée » était infondé.

b) Le grief comprenait toutefois une seconde branche : une précision plus grande s'imposerait à une qualification pénale qui, dès avant le jugement, emporte des conséquences procédurales défavorables aux personnes poursuivies.

Cette deuxième branche du grief était pareillement infondée. Il existe en effet plusieurs précédents où, au stade de l'enquête préliminaire, de l'enquête de flagrance ou de l'instruction, le magistrat compétent opère une « préqualification » de l'infraction pour prendre certaines mesures coercitives ou d'investigation dérogatoires. Il en est ainsi de la lutte contre le trafic de stupéfiants et de la lutte contre le terrorisme. Une telle « préqualification » existe également en matière de détention provisoire, précisément pour des infractions commises en bande organisée (art. 145-1 et 145-2 CPP).

Or le Conseil constitutionnel en a admis le principe en matière de terrorisme s'agissant de la durée de la garde à vue (n° 86-213 DC du 3 septembre 1986, cons. 17), ainsi que des perquisitions de nuit (n° 96-377 DC du 16 juillet 1996, cons. 17).

Il a réitéré cette position, s'agissant des conditions de la garde à vue, pour toute une gamme d'infractions recoupant la liste de l'article 706-73 nouveau CPP, gamme comprenant significativement la circonstance aggravante de « bande organisée » et la participation à une « association de malfaiteurs » (n° 93-323 DC du 11 août 1993, cons. 9 et suiv.).

A cette occasion, il a admis expressément la constitutionnalité du report à la 36^{ème} heure du premier contact du gardé à vue avec l'avocat, lorsque l'enquête concernait une infraction commise en bande organisée (cons. 9).

Le Conseil juge au considérant 11 de cette décision « *qu'il est loisible au législateur, compétent pour fixer les règles de la procédure pénale en vertu de l'article 34 de la Constitution, de prévoir des règles de procédure différentes selon les faits, les situations et les personnes auxquelles elles s'appliquent, mais à la condition que ces différences de procédures ne procèdent pas de discriminations injustifiées et que soient assurées aux justiciables des garanties égales, notamment quant au respect du principe des droits de la défense* ».

En 1994, il a repris exactement la même position s'agissant du report à la 72^{ème} heure de l'intervention de l'avocat en matière de terrorisme et de trafic de stupéfiants (n° 93-334 DC du 20 janvier 1994, cons. 16 à 19).

S'il veille, par conséquent, à ce que les règles de procédure préalables au jugement ne varient pas de façon injustifiée, le Conseil admet la possibilité de modulations dans la conduite des enquêtes et instructions, sans exiger une précision plus grande de la définition des infractions dont la poursuite peut conduire, avant le jugement, à des mesures dérogatoires du droit commun.

Mais, précisément, les requérants estimaient que l'application de mesures dérogatoires à toutes les infractions énumérées à l'article 706-73 est arbitraire et excessive, en raison de la gravité ou de la complexité selon eux très inégales des faits incriminés.

C) Les caractéristiques de toutes les infractions mentionnées à l'article 706-73 nouveau CPP justifient-elles les mesures contestées ?

Il est de jurisprudence constante qu'il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties et, d'autre part, les besoins de la recherche des auteurs d'infractions, qui sont nécessaires l'un et l'autre à la sauvegarde de droits de valeur constitutionnelle.

Il incombe à l'autorité judiciaire d'exercer un contrôle effectif sur le respect des conditions de forme et de fond par lesquelles le législateur a entendu assurer cette conciliation (par exemple : n° 93-223 DC du 5 août 1993, cons. 5).

S'agissant des actes d'enquête et d'instruction qui peuvent affecter des droits constitutionnellement protégés (liberté individuelle, inviolabilité du domicile et des correspondances, secret de la vie privée), s'applique le même principe de proportionnalité que celui qui régit la peine elle-même. Le degré auquel ces actes affectent la liberté individuelle ou l'autonomie de la personne doit être justifié par la gravité et la complexité de l'infraction suspectée.

La « rigueur non nécessaire » est à proscrire non seulement lors de la condamnation, mais au cours de toute la procédure judiciaire préalable. Cette extension des prescriptions de l'article 9 de la Déclaration de 1789 aux actes d'enquête et d'instruction a été consacrée par la jurisprudence la plus récente du Conseil constitutionnel (n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, cons. 54).

A cet égard, il convient donc de vérifier que les infractions mentionnées à l'article 706-73 présentent toutes des caractéristiques justifiant des procédures dérogatoires. Il s'agit essentiellement de la gravité de ces infractions pour la société, ainsi que de leur complexité. L'un ou l'autre critère (ou les deux à la fois) peuvent appeler la mise en oeuvre de mesures telles que la prolongation de la garde à vue, les interceptions téléphoniques, la sonorisation et la fixation d'images ou les perquisitions nocturnes (compte tenu bien sûr, des conditions dans lesquelles toutes ces mesures sont susceptibles d'être mises en oeuvre).

Les quinze infractions énumérées par l'article 706-73 sont les suivantes :

- 1° Crime de meurtre commis en bande organisée prévu par le 8° de l'article 221-4 du code pénal ;
- 2° Crime de tortures et d'actes de barbarie commis en bande organisée prévu par l'article 222-4 du code pénal ;
- 3° Crimes et délits de trafic de stupéfiants par les articles 222-34 à 222-40 du code pénal ;
- 4° Crimes et délits d'enlèvement et de séquestration commis en bande organisée prévus par l'article 224-5-2 du code pénal ;
- 5° Crimes et délits aggravés de traite des êtres humains prévus par les articles 225-4-2 à 225-4-7 du code pénal ;
- 6° Crimes et délits aggravés de proxénétisme prévus par les articles 225-7 à 225-12 du code pénal ;
- 7° Crime de vol commis en bande organisée prévu par l'article 311-9 du code pénal ;
- 8° Crimes aggravés d'extorsion prévus par les articles 312-6 et 312-7 du code pénal ;

- 9° Crime de destruction, dégradation et détérioration d'un bien commis en bande organisée prévu par l'article 322-8 du code pénal ;
- 10° Crimes en matière de fausse monnaie prévus par les articles 442-1 et 442-2 du code pénal .
- 11° Crimes et délits constituant des actes de terrorisme prévus par les articles 421-1 à 421-5 du code pénal ;
- 12° Délits en matière d'armes commis en bande organisée prévus par divers textes, s'agissant notamment de la détention, du stockage, de l'acquisition et de la cession d'armes biologiques ou à base de toxines ;
- 13° 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 n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France ;
- 14° Délits de blanchiment prévus par les articles 324-I et 324-2 du code pénal, ou de recel prévus par les articles 321-1 et 321-2 du même code, du produit, des revenus, des choses provenant des infractions mentionnées aux 1° à 13° ;
- 15° Délits d'association de malfaiteurs prévus par l'article 450-1 du code pénal, lorsqu'ils ont pour objet la préparation de l'une des infractions mentionnées aux 1° à 13°.

Du point de vue de la gravité, on retiendra sans peine toutes les atteintes à la vie et à l'intégrité des personnes (1°, 2°, 11°), auxquels il faut rattacher les atteintes aux biens dont la définition comprend la mise en danger des personnes (9°, compte tenu des termes de l'article 322-6 CP). On ne contestera guère la présence dans la liste du trafic de stupéfiants (3°), de l'enlèvement et de la séquestration (5°), du proxénétisme aggravé (6°), de l'extorsion aggravée (8°), de la fabrication, de la vente et du trafic d'armes de guerre, d'explosifs et d'armes biologiques (12°). La place des faux monnayeurs dans cette liste est traditionnellement justifiée par les périls qu'ils font courir à l'économie (10°).

Le 7° (vol en bande organisée) prête à hésitation. Certes, il s'agit ici d'une infraction commise en bande organisée, souvent accompagnée de menaces et de brutalités, qualifiée de crime par le code pénal (311-9) et justifiant déjà, sous l'empire des dispositions antérieures, le retardement de l'entrevue avec l'avocat à la 36^{ème} heure de la garde à vue. Une réserve a toutefois été émise pour considérer que le législateur n'a pu entendre viser que les vols en bande organisée présentant des éléments de gravité suffisants (tels que violences, récidive, atteinte à l'intérêt général économique ou au patrimoine artistique national, spoliation de personnes modestes, « ciblage » de personnes âgées etc.).

La 13° infraction (aide à l'entrée et au séjour des étrangers) est doublement grave : dangereuse pour les étrangers concernés (dont la vie est mise en péril par les réseaux de passeurs et la dignité bafouée par les mafias entassant des clandestins dans des logis insalubres) et pour la Nation, en raison de l'importance de la maîtrise des flux migratoires pour l'intégration des étrangers en situation régulière. Il faut souligner que le qualificatif de « bande organisée » ne saurait s'appliquer aux organismes humanitaires d'aide aux étrangers, même en situation irrégulière.

Les 14° et 15° infractions trouvent leur place dans la liste par voie de conséquence des précédentes : la 14° car elle réside dans le « blanchiment » ou le recel des biens tirés des infractions précédentes et la 15° car elle permet de poursuivre toutes les autres infractions de la liste au stade de leur préparation, dès lors, comme le précise l'article 450-1 du code pénal, que cette préparation est caractérisée par un ou plusieurs faits matériels.

Quant à la complexité des affaires, celle-ci est inhérente aux infractions mentionnées aux 3°, 8°, 10°, 12° et 14° pour des raisons techniques. Elle est inhérente aux infractions mentionnées aux 4°, 5°, 6°, 7°, 11° et 13° pour des raisons organisationnelles.

Pour le reste et de façon générale, la complexité tient à l'existence d'une bande organisée. Celle-ci est soit mentionnée explicitement à l'article 760-73 CPP, soit citée dans les articles du code pénal auxquels renvoient les différents items de la liste, soit sous-entendue parce qu'inséparable d'un crime ou délit commis en bande organisée.

En conclusion, tant la gravité des crimes et délits figurant au nouvel article 706-73 du code pénal, que le fait qu'ils sont commis par des groupements et réseaux dont le repérage, l'analyse et le démantèlement posent des problèmes complexes (il ne suffit pas d'appréhender un auteur pour mettre une bande hors d'état de nuire) justifient la mise en oeuvre des procédures dérogatoires prévues à l'article 1^{er} de la loi déferée.

II Le fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles (art. 48)

L'article 48 de la loi déferée insère, après l'article 706-53 CPP, un chapitre II intitulé « *Du fichier judiciaire national automatisé des infractions sexuelles* ».

La création d'un fichier des auteurs d'infractions sexuelles est destiné à prévenir le renouvellement des infractions les plus graves et, en cas de récidive, de faciliter l'identification de leurs auteurs.

Le nombre de récidivistes est en effet élevé en matière de moeurs : sur 6 939 condamnés pour une affaire de moeurs en 2001, 1013 (soit un sur sept) sont des récidivistes sur les cinq dernières années. 357 d'entre eux ont réitéré la même infraction.

La loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure permet désormais l'inscription des empreintes génétiques des personnes soupçonnées d'avoir commis un certain nombre de crimes et délits notamment en matière sexuelle.

Admise par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003 (cons. 17 à 46), cette réforme facilitera l'élucidation des crimes sexuels. Mais elle n'en permettra pas la prévention.

D'où la nécessité de créer, à titre de mesure de sûreté, un fichier spécifique, comportant, pour une durée de temps suffisamment longue, l'adresse régulièrement actualisée de ces personnes, et pouvant être consulté soit par les autorités judiciaires ou de police judiciaire dans le cadre des procédures concernant des infractions sexuelles, soit par les autorités préfectorales pour connaître les antécédents d'une personne voulant exercer une activité la mettant en relation avec des mineurs.

C'est à ce besoin prioritaire que répond le fichier créé par l'article 48 de la loi déferée, même s'il peut aussi concourir à l'élucidation d'infractions sexuelles graves.

Les personnes inscrites dans le fichier sont celles qu'une décision judiciaire, qui peut être non définitive mais qui est toujours fondée sur des charges sérieuses (mise en examen assortie d'un placement sous contrôle judiciaire, condamnation, non lieu pour état de démence..), a estimé être les auteurs de l'une des infractions mentionnées à l'article 706-47 CPP, dans sa rédaction issue de l'article 47 de la loi déferée.

Les infractions pour lesquelles est prévue une inscription sur le fichier sont particulièrement graves puisqu'elles sont punies d'une peine d'emprisonnement supérieure à cinq ans (meurtre ou assassinat d'un mineur précédé ou accompagné de viol, de tortures ou d'actes de barbarie ; viol ; agressions sexuelles les plus graves, par exemple lorsqu'elles ont entraîné une blessure ou une lésion, ou qu'elles sont commises par un ascendant ou par une personne ayant autorité sur la victime ou par plusieurs personnes, ou avec usage ou menace d'une arme, ou lorsqu'elles sont imposées à un mineur de quinze ans ou à une personne de particulière vulnérabilité etc.).

En revanche, ne sont pas inscrits au fichier, sauf décision contraire de la juridiction ou, dans certains cas, du procureur de la République, compte tenu de la personnalité de l'auteur et de la finalité du fichier, les auteurs d'infractions sexuelles punies d'une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à cinq ans, telles que les agressions sexuelles autres que celles qui viennent d'être énumérées, le recours à la prostitution de mineurs, la corruption de mineurs, la fixation, l'enregistrement ou la transmission de la représentation pornographique d'un mineur, l'atteinte sexuelle sans violence par un majeur sur un mineur de quinze ans etc. On relèvera qu'aucune inscription au fichier n'est prévue pour des délits comme l'exhibitionnisme ou le harcèlement sexuel

Lorsqu'il y a lieu à inscription, sont enregistrées l'identité de la personne, ses adresses successives et la nature de l'infraction.

La durée de conservation est de 30 ans s'il s'agit d'un crime ou délit puni de dix ans d'emprisonnement ou plus, de 20 ans dans les autres cas.

Les mentions sont retirées du fichier en cas de décision définitive de non-lieu (autre que motivée par l'état mental), de relaxe et d'acquiescement.

Toute personne inscrite dans le nouveau fichier pourra demander son retrait au procureur de la République si la conservation des informations la concernant n'apparaissent plus nécessaires au regard du temps écoulé, de l'âge lors des faits et de l'évolution de sa personnalité (706-53-10).

Les personnes inscrites sont astreintes par l'article 706-53-5 nouveau CPP, à titre de mesure de sûreté, à justifier de leur adresse une fois par an, ce qui peut se faire par courrier. Toutefois si la personne inscrite a été définitivement condamnée pour un crime ou un délit sexuel puni de dix ans d'emprisonnement, elle doit justifier de son adresse tous les six mois en se présentant auprès du groupement de gendarmerie de son département ou de tout autre service désigné par la préfecture.

Le fichier est exclusivement accessible (706-53-7) :

- Aux autorités judiciaires (qui peuvent en faire notamment usage pour s'assurer que l'intéressé se plie à ses éventuelles obligations de suivi socio-judiciaire) ;
- Aux OPJ dans le cadre des procédures concernant un crime d'atteinte volontaire à la vie, d'enlèvement ou de séquestration, ou une infraction sexuelle mentionnée à l'article 706-47 CPP ;
- Aux préfets et administrations de l'Etat, dont la liste est fixée par décret en Conseil d'Etat, pour l'examen des demandes d'agrément des activités impliquant un contact avec les mineurs.

Les personnes inscrites ont accès aux informations les concernant et peuvent en contester l'exactitude (706-53-9).

Aucun rapprochement ni aucune connexion ne peuvent être effectués entre ce fichier et un autre (706-53-11).

Ce dispositif est à rapprocher du fichier national automatisé des empreintes génétiques (FNAEG) dont le Conseil avait admis la constitutionnalité.

Dans un cas comme dans l'autre, l'inscription n'est ni une punition, ni une peine complémentaire.

Elle ne poursuit qu'une fin : doter les services judiciaires compétents (astreints à une stricte obligation de confidentialité) d'un outil facilitant la prévention et l'élucidation des infractions sexuelles les plus graves, dans le souci prioritaire de mettre les mineurs à l'abri.

Un fait divers récent qui a failli tourner au drame illustre, à cet égard, que les meurtres d'enfants commis par des pervers interviennent souvent plusieurs heures après l'enlèvement et la séquestration de la petite victime. L'identification rapide des individus dangereux présents dans la zone peut alors sauver une vie. Encore faut-il connaître leurs adresses...

Il s'agit donc d'un fichier à la fois judiciaire et administratif (puisque son contenu peut être rendu indirectement accessible à certains agents administratifs, aux fins d'éviter que les mineurs ne soient mis au contact quotidien de personnes dangereuses pour eux).

Le véritable critère justifiant l'inscription est la dangerosité que présente la personne. Aussi est-il normal que la durée de conservation soit fonction de la nature de l'infraction commise et non du quantum de la condamnation effectivement prononcée.

Pour les intéressés, l'incommodité d'être fichés et l'obligation administrative de justifier régulièrement de leur adresse, fût-ce en se présentant personnellement dans un service spécialisé de la préfecture, sont toutes relatives.

Il en serait différemment bien sûr si, comme il en a été question au Royaume Uni à la suite d'effroyables affaires, le contenu du fichier était rendu accessible au public afin d'alerter le voisinage sur le péril que constitue la présence de certaines personnes dans le quartier.

Mais une telle « stigmatisation » publique a été écartée par le législateur, le fichier demeurant strictement confidentiel.

Les requérants reprochaient à l'article 48 de la loi déferée de méconnaître le principe de proportionnalité des peines proclamé par l'article 8 de la Déclaration de 1789, de porter atteinte au principe fondamental reconnu par les lois de la République en matière de droit pénal des mineurs et de porter atteinte à la vie privée.

a) Le premier moyen est inopérant puisque l'inscription dans le fichier constitue non une peine, mais une mesure de police. En tout état de cause, l'obligation de justifier de son adresse deux fois par an (qui ne vaut que pour les plus dangereuses des personnes inscrites, c'est-à-dire pour celles qui ont été définitivement condamnées à des crimes punis de peines de dix ans ou plus), fût-ce en effectuant un déplacement, ne saurait être regardée comme

entraînant, au sens de l'article 9 de la Déclaration, une « rigueur non nécessaire » au regard de l'intérêt général éminent qui s'attache à la prévention de toute récidive.

Si l'inscription ferme l'accès des intéressés à certaines activités les mettant au contact avec les mineurs, cet inconvénient est plus que compensé, du point de vue des intérêts de la société, par la meilleure protection ainsi assurée aux mineurs.

Comme l'a jugé le Conseil, aucune norme constitutionnelle ne s'oppose par principe à l'utilisation à des fins administratives de données nominatives recueillies dans le cadre d'activités de police judiciaire.

Il est vrai que cette utilisation méconnaîtrait les exigences résultant des articles 2, 4, 9 et 16 de la Déclaration de 1789 si, par son caractère excessif, elle portait atteinte aux droits ou aux intérêts légitimes des personnes concernées (n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, cons. 32).

Mais, eu égard aux motifs qu'elle fixe pour ces consultations, comme aux restrictions et précautions dont elle les assortit, la loi déferée ne méconnaît aucune de ces exigences constitutionnelles.

b) Est possible l'inscription de mineurs condamnés pour l'une des infractions sexuelles visées par l'article 706-47 ou à l'égard desquels a été prononcée, pour le même type de faits, une mesure ou une sanction éducative, comme dans l'hypothèse d'un mineur de 14 ans qui serait placé en foyer après avoir commis des agressions sexuelles.

Les saisines estimaient une telle inscription contraire aux principes constitutionnels applicables au droit pénal des mineurs, en ce qu'elle instaurerait à leur encontre une peine contre-productive du point de vue de leur relèvement moral, en les enfermant dans un statut de « déviant ».

Ce moyen se méprenait également sur la nature du fichier. Il ne s'agit pas de « punir » un mineur (auteur d'une infraction sexuelle grave) en l'y inscrivant, mais de garder pendant quelques années la trace du jeune adulte qu'il deviendra. Est ainsi assurée l'efficacité du fichier en tant qu'instrument de prévention et d'élucidation des infractions sexuelles.

De toutes façons, à la différence des crimes et délits sexuels commis par des adultes, ceux perpétrés par des mineurs ne seront portés au fichier que sur décision expresse de la juridiction pour enfants.

Par ailleurs, en vertu du 7° de l'article 769 du CPP dans sa rédaction issue de l'article 201 de la nouvelle loi, ces condamnations seront - sauf récidive - supprimées du casier du mineur trois ans après leur prononcé (alors qu'actuellement, elles disparaissent du casier à la majorité du mineur, en vertu de l'article 769-2 du CPP, abrogé par l'article 201 précité).

A l'issue d'un délai de trois ans, le mineur pourra donc demander au procureur de la République, ou, en cas de refus, au juge des libertés et de la détention, ou au président de la chambre de l'instruction, d'être retiré du fichier des auteurs d'infractions sexuelles, conformément aux dispositions du nouvel article 706-53-10 CPP qui dispose par ailleurs expressément que l'âge de la personne au moment des faits, et donc son éventuelle minorité, doivent être pris en compte en cas de demande d'effacement pour apprécier si le maintien des mentions au fichier est nécessaire à la finalité de celui-ci.

L'exigence d'une décision expresse d'enregistrement, ainsi que la possibilité rapide de relèvement, prennent dès lors pleinement en compte le principe de spécificité du droit pénal des mineurs.

En tout état de cause, dans sa décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003 précitée, le Conseil constitutionnel ne s'était pas opposé par principe à l'inscription au FNAEG de mineurs auteurs d'infractions (cons. 36 et 37).

c) Le grief tiré de l'atteinte à la vie privée a été également rejeté.

Il appartient au législateur, en vertu de l'article 34 de la Constitution, de fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques.

Il lui appartient notamment d'assurer la conciliation entre, d'une part, la sauvegarde de l'ordre public, la recherche des auteurs d'infractions et la prévention du renouvellement des infractions, toutes trois nécessaires à la protection de droits de valeur constitutionnelle parmi les plus fondamentaux et, d'autre part, le respect de la vie privée et des autres droits et libertés constitutionnellement protégés.

La conciliation opérée en l'espèce est satisfaisante compte tenu des garanties apportées aux personnes inscrites (voir ci-dessus).

III) Attributions du ministre de la justice en matière d'action publique (art. 63)

Aux termes de l'article 30 CPP, dans sa rédaction issue de l'article 63 de la loi déferée :

« Le ministre de la justice conduit la politique d'action publique déterminée par le Gouvernement. Il veille à la cohérence de son application sur le territoire de la République. A cette fin, il adresse aux magistrats du ministère public des instructions générales d'action publique. »

Il peut dénoncer au procureur général des infractions à la loi pénale dont il a connaissance et lui enjoindre, par instructions écrites et versées au dossier de la procédure, d'engager ou de faire engager des poursuites ou de saisir la juridiction compétente de telles réquisitions écrites que le ministre juge opportunes. »

Selon les requérants, cette disposition méconnaissait le principe de la séparation des pouvoirs et l'article 66 de la Constitution.

a) Le second grief pouvait être immédiatement rejeté comme manquant en fait.

Il était tiré de ce que, du fait des nouveaux pouvoirs accordés au parquet par l'article 1^{er} de la loi déferée, le garde des sceaux pourrait prendre indirectement des mesures contraires à la liberté individuelle.

Or on a vu qu'aucune des mesures susceptibles d'affecter la liberté individuelle, l'inviolabilité du domicile ou le secret de la vie privée ne pourrait être prise par le seul procureur de la République en application de l'article 1^{er} de la loi déferée.

b) Quant au premier grief, il méconnaissait que chacun des trois alinéas de l'article 63 se borne à transcrire le droit positif.

Le troisième alinéa reprend à l'identique les dispositions actuelles de l'article 36 CPP. Ne sont donc pas, en tout état de cause, réunies à son égard les conditions dans lesquelles la constitutionnalité d'une loi promulguée peut être utilement discutée devant le Conseil constitutionnel à l'occasion de sa modification (n° 2002-464 DC du 27 décembre 2002, cons. 40 à 42).

Quant aux deux premiers alinéas de l'article critiqué, ils codifient une doctrine constante. Les trois sont conformes à la tradition républicaine selon laquelle les magistrats du parquet se situent dans une hiérarchie dont le garde des sceaux est le sommet.

Or cette tradition préexistait à la Constitution de la Vème République. En approuvant par référendum le texte de 1958, notamment son titre relatif à l'autorité judiciaire, le peuple français lui a donné valeur constitutionnelle. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle la remise en cause du caractère hiérarchisé du ministère public a paru unanimement relever d'une révision constitutionnelle.

Les dispositions actuelles de l'article 36 CPP (troisième alinéa de l'article attaqué), relatives aux instructions individuelles du garde des Sceaux, datent de 1958 et ont été modifiées à deux reprises :

- par la loi du 4 janvier 1993 (pour prévoir qu'il devait s'agir d'instructions écrites) ;
- puis par celle du 24 août 1993 (pour prévoir que ces instructions seraient versées au dossier).

Les dispositions actuelles du code de procédure pénale (sur les instructions individuelles) et celles ajoutées par le projet (sur les instructions générales) découlent directement du caractère hiérarchisé du ministère public.

Ce caractère hiérarchisé veut que les magistrats du parquet, tout en appartenant à l'autorité judiciaire, soient placés sous l'autorité du ministre de la justice.

C'est ce qu'indique depuis l'origine l'article 5 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

Cette hiérarchie revêt cependant, comme le note le Gouvernement dans ses observations, une nature spécifique :

« Cette autorité exercée par le Garde des Sceaux à l'égard des magistrats du parquet présente un caractère très particulier, qui est sans rapport avec le pouvoir hiérarchique exercé, dans la ligne de l'article 20 de la Constitution, par les autres ministres sur leur administration. Les magistrats du parquet conservent en toute hypothèse leur liberté de parole ; ils disposent de pouvoirs propres que le ministre ne peut exercer par substitution ; ils ne peuvent recevoir d'instructions négatives comme ordonner le classement sans suite d'une procédure ; les instructions qui leur sont adressées doivent être écrites et sont versées au dossier de la procédure. Par ailleurs, ils bénéficient en matière d'avancement ou de sanction disciplinaire de la garantie tirée de l'intervention du Conseil supérieur de la magistrature ».

Mais aucun des trois alinéas de l'article 63 ne méconnaît cette spécificité.

Il était donc difficile de déceler dans cet article de codification une atteinte à la séparation des pouvoirs, au sens qu'a cette notion dans la Constitution française.

IV) La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (article 137)

L'article 137 insère dans le code de procédure pénale dix articles (articles 495-7 à 495-16) qui instituent une nouvelle procédure de jugement des délits, dénommée « comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité ».

Cette procédure permet au procureur de la République de proposer à une personne qui reconnaît avoir commis un délit une peine qui, en cas d'accord, est homologuée par le président du tribunal de grande instance.

La nouvelle procédure s'apparente à la « composition pénale » créée par la loi du 23 juin 1999.

Son objectif essentiel est le même que celui de la loi du 23 juin 1999 pour la procédure de composition pénale, ou de la loi du 9 septembre 2002 pour l'ordonnance pénale : alléger les audiences correctionnelles aujourd'hui dramatiquement engorgées, surtout en comparution immédiate.

La différence saute cependant aux yeux : la nouvelle procédure pourra conduire à une peine privative de liberté.

Les nouvelles dispositions permettent au procureur de la République, pour les délits punis d'une peine allant jusqu'à cinq ans d'emprisonnement, de proposer à l'auteur des faits, lorsque ce dernier reconnaît sa culpabilité, une peine d'amende ou d'emprisonnement au plus égale à la moitié de la peine encourue (sans pouvoir dépasser un an).

En cas d'accord de l'intéressé, la peine peut être homologuée par le président du tribunal de grande instance. Elle sera alors exécutoire comme en cas de jugement (à la différence de la composition pénale).

Les saisines adressaient cinq griefs à cette procédure :

- Violation du droit à un procès équitable, notamment en raison de pressions subies par l'auteur des faits ;
- Violation de la séparation entre les autorités judiciaires chargées de l'action publique et celles chargées du jugement ;
- Atteinte à la présomption d'innocence ;
- Atteinte à l'égalité devant la justice ;
- Violation du principe de la publicité des débats.

1) Violation du droit à un procès équitable en raison de pressions subies par l'auteur des faits

Le grief négligeait les nombreuses garanties prévues pour éviter une utilisation abusive de la nouvelle procédure aux dépens de la personne mise en cause.

En premier lieu, la procédure présente une certaine symétrie. Elle peut certes être mise en oeuvre à l'initiative du procureur de la République, mais elle peut l'être aussi à l'initiative de l'auteur des faits.

Par ailleurs, l'intéressé n'est pas seul face à un magistrat du parquet.
Il sera assisté par un avocat lorsqu'il :

- reconnaîtra les faits,
- recevra la proposition de peine du procureur de la République,
- sera amené à exprimer un accord ou un désaccord.

En outre, l'avocat pourra librement communiquer avec son client et consulter immédiatement le dossier de la procédure.

L'intéressé ne peut renoncer à l'assistance de l'avocat (notons que cette assistance n'est pas obligatoire dans la procédure de composition pénale).

La personne peut demander à bénéficier d'un délai de dix jours avant de donner - ou non - son accord, et elle est avertie de ce droit.

L'accord de la personne doit être réitéré en présence de son avocat devant le juge chargé d'homologuer la proposition de peine.

En cas d'homologation, la personne dispose d'un délai de dix jours pour faire appel, comme elle en aurait le droit si elle avait été condamnée par le tribunal correctionnel selon la procédure habituelle. Si la personne estime, après réflexion, avoir accepté une peine trop sévère, ou si elle revient sur sa reconnaissance de culpabilité, elle peut donc bénéficier d'un procès devant la chambre correctionnelle de la cour d'appel. Ce droit d'appel dans les dix jours existe même si la personne avait bénéficié du délai de dix jours avant de donner son accord à la procédure.

2) Violation de la séparation entre les autorités judiciaires chargées de l'action publique et celles chargées du jugement

Selon le deuxième grief des saisines, tout serait joué au sortir du bureau du procureur. Le juge du siège chargé d'homologuer la peine proposée se contenterait d'enregistrer le résultat d'une négociation qui s'est déroulée sans lui.

Serait dès lors violé le principe de la séparation entre les autorités chargées de l'action publique et du jugement énoncé par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 95-360 DC du 2 février 1995 (cons. 5 et 6) qui condamnait, à défaut d'intervention d'un juge du siège, le système de l'« injonction pénale » émise par le procureur.

En l'espèce, toutefois, une peine aura beau avoir été proposée par le procureur, l'intéressé l'aura beau avoir acceptée, rien ne sera encore jugé.

Seule a valeur de jugement l'ordonnance d'homologation, dûment motivée, prise par le président du tribunal de grande instance (TGI) ou le magistrat délégué par lui à cet effet. Contrairement à l'injonction pénale censurée par le Conseil constitutionnel en 1995, car ne faisant pas intervenir le juge du siège, la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité débouche sur un jugement rendu par un magistrat du siège.

Est donc respecté le principe de séparation des autorités de poursuites et de jugement.

Le président du TGI ou son délégué apprécieront souverainement s'il y a lieu ou non d'homologuer. Leur compétence n'est aucunement liée à cet égard.

Ainsi, le président du TGI doit s'interroger sur la justification des peines au regard des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur (nouvel article 495-11 CPP). S'il estime la peine trop sévère ou insuffisamment sévère, il ne l'homologuera pas.

De même, le président du TGI ou son délégué pourra ne pas homologuer la ou les peines proposées par le procureur de la République s'il estime que la nature des faits, ou la personnalité de l'intéressé, ou encore les intérêts de la victime justifieraient un procès public et contradictoire.

Dans une réserve d'interprétation, le Conseil constitutionnel a au demeurant invité le président du TGI à exercer, lors de la séance d'homologation, la plénitude du pouvoir d'appréciation qui incombe au juge du fond.

3) Atteinte à la présomption d'innocence

Si elles ne lient pas le juge du siège quant à la décision d'homologuer, les dispositions attaquées lui imposent de s'assurer que l'intéressé a reconnu en toute liberté et en toute sincérité être l'auteur des faits.

En premier lieu, le président du TGI ne peut décider d'homologuer les peines proposées par le procureur de la République qu'après « avoir vérifié la réalité des faits » (deuxième alinéa du nouvel article 495-9 CPP). S'il n'est pas convaincu de la culpabilité de l'intéressé, il ne peut prendre d'ordonnance d'homologation.

Pour sa part, le nouvel article 495-11 CPP précise que l'ordonnance d'homologation est motivée par la constatation que la personne, en présence de son avocat, reconnaît les faits qui lui sont reprochés. Le juge doit donc vérifier la sincérité de cette reconnaissance de culpabilité.

Une autre condition de l'homologation, qui résulte également de l'exigence de motivation, est que le président du TGI ou son délégué constate que la personne, toujours en présence de son avocat, accepte en connaissance de cause la ou les peines proposées par le procureur de la République. Le juge doit donc vérifier la réalité du consentement de la personne.

En cas de refus d'homologation, le nouvel article 495-14 CPP prévoit que le procès-verbal de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité ne peut être transmis à la juridiction d'instruction ou de jugement. Ni le ministère public, ni les parties ne peuvent faire état devant cette juridiction des déclarations faites ou des documents remis au cours de la procédure. Cette règle tend à éviter que les déclarations faites par l'intéressé ne puissent lui nuire devant la juridiction de jugement.

Toutes ces précautions permettent d'écarter les griefs tirés du renversement de la charge de la preuve ou de l'atteinte au principe de la présomption d'innocence.

Quant à l'affirmation selon laquelle le principe de la présomption d'innocence s'opposerait, par lui-même et dans tous les cas, à ce que l'auteur d'une infraction s'en accuse, elle est évidemment excessive : ni l'article 9 de la Déclaration de 1789, ni aucun autre principe ou

règle de valeur constitutionnelle ne fait obstacle à ce qu'une personne reconnaisse sa culpabilité si elle le fait volontairement, consciemment et librement, c'est-à-dire en dehors de tout « chantage », de tout « marchandage », de tout malentendu et de toute contrainte

4) Violation de l'égalité devant la loi pénale

Le principe d'égalité est invoqué à deux titres :

- La nouvelle procédure conduirait à juger les mêmes infractions selon des modalités différentes (a) ;
- La nouvelle procédure traiterait inéquitablement la victime (b).

a) Dans sa décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002 (cons. 75 à 82), le Conseil constitutionnel a estimé conforme au principe d'égalité la procédure de l'ordonnance pénale qui évite la tenue d'une audience et qui est applicable aux délits prévus par le code de la route, alors même que cette procédure peut être choisie par le procureur de la République à la place d'autres modes de poursuites, comme la citation directe, la convocation par officier de police judiciaire, la convocation par procès verbal - qui donnent lieu à une audience publique devant le tribunal correctionnel siégeant à juge unique - ou la comparution immédiate - qui donne lieu à une audience publique devant le tribunal correctionnel siégeant en formation collégiale.

Le Conseil a considéré que « *le législateur peut prévoir des règles de procédures différentes selon les faits, les situations et les personnes auxquelles elles s'appliquent dès lors que ces différences ne procèdent pas de discriminations injustifiées et que sont assurées aux justiciables des garanties égales notamment quant au respect des droits de la défense, ce qui implique en particulier l'existence d'une procédure juste et équitable* » (cons. 77).

En l'espèce, ces conditions sont réunies du fait des multiples garanties qui ont été rappelées.

b) Quant aux droits de la victime, ils sont garantis de deux façons par le nouvel article 495-13 CPP.

En premier lieu, lorsque la victime de l'infraction est identifiée, elle est informée sans délai et par tout moyen. Elle est invitée à comparaître en même temps que l'auteur des faits, accompagnée le cas échéant de son avocat, devant le président du TGI ou le juge délégué par lui, afin de se constituer partie civile et de demander réparation de son préjudice. Le président du TGI ou le juge délégué par lui statue sur cette demande, même dans le cas où la partie civile n'a pas comparu à l'audience, mais a fait sa demande d'indemnisation au cours de l'enquête. La partie civile peut faire appel de l'ordonnance.

En second lieu, si la victime n'a pu exercer ses droits lors de l'homologation, soit qu'elle n'ait pas été prévenue à temps, soit qu'elle n'ait pas pu se déplacer, le procureur de la République doit l'informer de son droit de lui demander de citer l'auteur des faits à une audience du tribunal correctionnel, dont elle sera avisée, pour lui permettre de se constituer partie civile. Le tribunal statuera alors sur les seuls intérêts civils, au vu du dossier de la procédure qui sera versé au débat.

5) Violation du caractère public de l'audience pénale

En cas d'homologation, l'ordonnance doit être lue en audience publique. Cette lecture publique était insuffisante aux yeux des requérants pour lesquels : « *En rendant la justice au nom du peuple français, le juge doit aussi le faire sous son regard* ».

L'absence de toute audience publique caractérise aussi la composition pénale. Mais aucune peine privative de liberté ne peut être prononcée dans le cadre de cette procédure, alors que la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité peut conduire, elle, à une peine d'un an d'emprisonnement.

a) Pour le Gouvernement, l'absence d'audience publique était justifiée par la nature de la procédure et ses objectifs : si l'audience était publique, la procédure serait similaire à celle prévue en cas de jugement, à la seule différence que la personne comparaitrait devant un seul juge au lieu de trois, comme c'est le cas en comparution immédiate ou pour les délits ne relevant pas du juge unique. L'intérêt pratique de la procédure, qui est d'alléger les audiences, ne serait donc pas atteint. En outre, si l'audience était publique, il ne serait pas possible, en cas de refus d'homologation par le juge, d'empêcher de faire ensuite état devant le tribunal correctionnel, saisi selon la procédure de droit commun, des déclarations faites à cette audience. Enfin, le Gouvernement estimait que cette absence de publicité ne porterait pas atteinte aux principes constitutionnels ni aux exigences conventionnelles, car le *droit* de toute personne poursuivie de bénéficier d'un procès public, qui « *ne saurait s'analyser en l'obligation pour la personne d'être jugée publiquement* », ne serait pas remis en cause, dès lors que l'intéressé saurait, en acceptant la procédure et la proposition du parquet, que sa comparution devant le juge du siège se ferait en chambre du conseil.

b) Sans nier la valeur de ces arguments, on peut estimer que la séance d'homologation doit être publique, justement parce qu'il s'agit d'un véritable jugement pénal.

Bien sûr, la composante contradictoire sera le plus souvent nulle et il est souhaitable qu'il en soit ainsi pour la réussite pratique de la procédure. Mais on ne peut exclure qu'il en aille autrement en présence de la victime qui, rappelons le, est dûment convoquée. Les déclarations de celle-ci pourraient par exemple jeter un doute sur l'ampleur des faits admis ; un début de discussion pourrait s'élever à ce sujet ; un soupçon s'installer dans les esprits. Qui plus est, la question de la réparation pourra elle aussi donner matière à débat.

Le huis clos est d'autant plus choquant que la séance d'homologation évoquera des infractions qui, sans être les plus graves, le sont suffisamment pour être punies de peines d'emprisonnement de cinq ans et que le président du TGI ou son délégué peuvent, en homologuant, condamner le prévenu à un an d'emprisonnement. On se trouve là dans des hypothèses qui semblent appeler, au nom de l'exemplarité des peines et sous les réserves habituelles, la présence du public.

Dans ces conditions, il était impossible d'écarter une jurisprudence qui, par deux fois, a transposé en droit constitutionnel interne, s'agissant des procès pénaux pouvant conduire à une privation de liberté, l'exigence de la publicité de l'audience énoncée à l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales :

- n° 98-408 DC du 22 janvier 1999, cons. 25 (Cour pénale internationale) ;
- n° 2002-461 DC du 29 août 2002, cons. 81 (Loi d'orientation et de programmation pour la justice).

Dans la première de ces deux affaires, le Conseil constitutionnel a vérifié que le procès serait public, sous réserve de la faculté pour la juridiction pénale internationale de prononcer le huis clos en raison de circonstances particulières (intérêt de la victime, droit pénal des mineurs, sauvegarde de l'ordre public...).

Rapprochée de sa décision de 2002 relative à l'ordonnance pénale, cette décision du Conseil de 1999 juge implicitement mais sans ambiguïté que, dans le cadre des procédures juridictionnelles pouvant conduire au prononcé de peines privatives de liberté, la sentence doit être prononcée en audience publique, faute de quoi seraient méconnues « *les exigences constitutionnelles relatives au respect des droits de la défense et à l'existence d'une procédure juste et équitable, garantissant l'équilibre des droits des parties* ».

Les normes constitutionnelles sur lesquelles se fonde une telle solution sont l'article 66 de la Constitution et les articles 6, 8, 9 et 16 de la Déclaration de 1789.

Etaient dès lors à déclarer contraires à la Constitution les mots : « *en chambre du conseil* » figurant au deuxième alinéa de l'article 495-9 CPP dans sa rédaction issue du texte voté. En conséquence, la séance d'homologation sera publique.

V Conclusions nouvelles en réplique

Dans leurs observations en réplique enregistrées le 26 février, les requérants contestaient - ce qui est rare - deux dispositions non mentionnées dans leurs saisines initiales : les articles 121 et 186 de la loi déferée.

Les répliques n'étant pas revêtues des soixante signatures prévues par l'article 61 de la Constitution, de telles conclusions ne peuvent être regardées ni comme une nouvelle saisine, ni comme partie intégrante des saisines antérieures.

Le Conseil n'était donc pas tenu d'y répondre.

Il a toutefois examiné d'office les deux dispositions pour ne pas laisser les requérants sans réponse, ce qui eût été discourtois.

C'est cette solution qu'il avait retenue à propos de l'article 31 de la loi relative à l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité (20 novembre 2003, cons. 43).

1) L'article 121 porte sur le placement en détention provisoire du mis en examen.

Le juge d'instruction entend les réquisitions du procureur avant de se prononcer sur le maintien en liberté, le contrôle judiciaire ou le placement en détention provisoire du mis en examen.

Si le juge d'instruction est favorable à la détention provisoire, il saisit le JLD (article 137-1 CPP). C'est au JLD qu'il appartient de décider ou non le placement

Dans le droit en vigueur, le placement ne sera donc pas prononcé par le JLD si celui-ci n'est pas saisi en ce sens par le juge d'instruction.

Aux termes de l'article 137-4 CPP :

« Lorsque, saisi de réquisitions du procureur de la République tendant au placement en détention provisoire, le juge d'instruction estime que cette détention n'est pas justifiée et qu'il décide de ne pas transmettre le dossier de la procédure au juge des libertés et de la détention, il est tenu de statuer sans délai par ordonnance motivée, qui est immédiatement portée à la connaissance du procureur de la République ».

En complétant ces dispositions, l'article 121 de la loi déferée permet au procureur de faire en quelque sorte appel auprès du JLD du refus du juge d'instruction de saisir le JLD d'une demande de détention provisoire.

Cet appel n'est possible que si les faits sont graves (crime ou délit puni de dix ans d'emprisonnement) et pour l'un des motifs énoncés aux 2° et 3° de l'article 144 CPP, à savoir :

- protéger la personne mise en examen, garantir son maintien à la disposition de la justice, mettre fin à l'infraction ou prévenir son renouvellement ;

- mettre fin à un trouble exceptionnel et persistant à l'ordre public provoqué par la gravité de l'infraction, les circonstances de sa commission ou l'importance du préjudice qu'elle a causé.

Cette disposition était présentée dans les répliques comme contraire à la liberté individuelle, à la présomption d'innocence et au principe d'égalité. Ces griefs étaient infondés.

a) Il n'y a d'atteinte ni à la présomption d'innocence, ni à la liberté individuelle dès lors que, comme dans le droit commun issu de la loi « présomption d'innocence », c'est le JLD qui se prononce sur la nécessité de la détention provisoire.

b)

Le JLD le fera conformément aux dispositions de l'article 137-3 CPP selon lesquelles : *« Le juge des libertés et de la détention statue par ordonnance motivée. Lorsqu'il ordonne (...) une détention provisoire (...), l'ordonnance doit comporter l'énoncé des considérations de droit et de fait sur le caractère insuffisant des obligations du contrôle judiciaire et le motif de la détention... ».*

b) S'agissant de l'égalité, rappelons que, selon une jurisprudence ancienne et constante : *« Il est loisible au législateur de prévoir des règles de procédure pénale différentes selon les faits, les situations et les personnes auxquelles elles s'appliquent, pourvu que les différences ne procèdent pas de discriminations injustifiées et que soient assurées des garanties égales aux justiciables » (par exemple : n° 80-127 DC des 19 et 20 janvier 1981, cons. 31).*

En l'espèce, la possibilité d'un « appel » du procureur auprès du JLD, s'agissant du placement en détention provisoire du mis en examen, repose sur des critères objectifs et rationnels en relation directe avec la finalité d'intérêt général de la disposition contestée.

Celle-ci est d'éviter le maintien en liberté du mis en examen dans des contextes graves (crime ou délit puni de dix ans d'emprisonnement) et lorsque la liberté de l'intéressé mettrait en péril ses jours, permettrait sa fuite, conduirait au renouvellement de l'infraction ou créerait un trouble exceptionnel et persistant à l'ordre public.

Par ailleurs, on l'a dit, les garanties sont les mêmes que dans le droit commun, puisque c'est le JLD qui se prononce sur la détention provisoire, au regard des mêmes critères et selon les mêmes formes. La seule différence est qu'en application des nouvelles dispositions, il sera saisi par le procureur au lieu de l'être par le juge d'instruction.

2) L'article 186 modifie tout l'ensemble du régime de l'application des peines dans un sens libéral pour les personnes incarcérées. Il tend à combattre la surpopulation carcérale et à aménager des transitions moins brutales entre la prison et la vie normale.

Etait contestée la nouvelle section 8 insérée dans le titre II du livre V du code de procédure pénale (« Dispositions applicables aux condamnés en fin de peine »).

Ces dispositions s'appliquent aux condamnés détenus pour lesquels il reste :

- trois mois d'emprisonnement à subir, en exécution d'une ou plusieurs peines d'emprisonnement d'une durée supérieure ou égale à six mois mais inférieure à deux ans ;
- six mois d'emprisonnement à subir, en exécution d'une ou plusieurs peines d'emprisonnement d'une durée supérieure ou égale à deux ans mais inférieure à cinq ans.

L'article 723-20 nouveau du code de procédure pénale prévoit que ces personnes « *bénéficient dans la mesure du possible du régime de la semi-liberté, du placement à l'extérieur ou du placement sous surveillance électronique* ».

Le directeur du service pénitentiaire d'insertion et de probation (ci-après SPIP) fait examiner par ses services le dossier de chacun des condamnés, afin de déterminer, après avis du chef d'établissement, la mesure d'aménagement de la peine la mieux adaptée à leur personnalité.

Sauf 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 ou de refus par le condamné de bénéficier de la mesure qui lui est proposée, le directeur du SPIP saisit par requête le juge de l'application des peines d'une proposition d'aménagement.

A défaut de réponse du juge de l'application des peines (ci-après JAP) dans le délai de trois semaines, le directeur du SPIP peut décider de mettre en application la mesure d'aménagement. Cette décision, qui constitue une mesure d'administration judiciaire, est préalablement notifiée au JAP et au procureur de la République. Ce dernier peut, dans un délai de 24 heures à compter de cette notification, former un recours suspensif contre cette décision devant le président de la chambre de l'application des peines de la cour d'appel.

Pour les requérants, ces dispositions méconnaissaient la nature juridictionnelle des mesures d'exécution des peines, portent atteinte à la séparation des pouvoirs et instaurent une décision juridictionnelle implicite, en violation des exigences constitutionnelles relatives aux décisions juridictionnelles et notamment à leur motivation.

Cette argumentation était inopérante à deux titres :

a) En permettant au directeur du SPIP, à défaut de réponse du JAP dans les trois semaines, de mettre à exécution l'aménagement de la fin de peine proposé, l'article 723-24 nouveau CPP ne fait pas naître une décision juridictionnelle implicite d'homologation mais dessaisit simplement le JAP. Il n'est pas rare que les textes de procédure prévoient le dessaisissement du juge normalement compétent à l'expiration d'un certain délai (ainsi, dans le contentieux des élections municipales, le tribunal administratif est dessaisi au profit du Conseil d'Etat, en vertu de l'article R. 120 du code électoral, s'il ne s'est pas prononcé dans les trois mois).

Il en est de même ici du JAP, étant noté que le procureur de la République conserve un droit de recours, pour défendre les intérêts de la société, auprès du président de la chambre de l'application des peines de la cour d'appel.

b) Le JAP étant dessaisi du fait de son silence, c'est la « mesure d'administration judiciaire » prise par le directeur du SPIP qui recevra application.

Cette situation n'est pas contraire au principe de la séparation des pouvoirs, ni à l'autorité de la chose jugée lors de la condamnation, dès lors que la décision du directeur du SPIP n'est pas d'écourter la peine, mais de fixer les modalités d'exécution des fins de peine (semi-liberté, placement sous surveillance électronique, placement dans une institution extérieure), s'agissant des condamnés purgeant des peines de moins de cinq ans.

Or le Conseil constitutionnel a jugé à deux reprises qu'aucun principe non plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'excluait que les modalités d'exécution des peines privatives de liberté soient décidées par des autorités autre que des juridictions (n° 86-214 DC du 3 septembre 1986, cons. 2).

Ainsi, « en qualifiant de mesures d'administration judiciaire les décisions qu'elle énumère, prises par le juge d'application des peines ou la commission qu'il préside, aussi bien qu'en remettant à une commission administrative composée en majorité de personnes n'ayant pas la qualité de magistrat du siège le soin d'accorder certaines permissions de sortir, la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel ne porte atteinte à aucune disposition de la Constitution ni à aucun principe de valeur constitutionnelle » (n° 78-98 du 22 novembre 1978, cons. 6).

Certes, la décision du 2 février 1995 (cons. 6) sur l'injonction pénale semble réserver l'exécution des peines à une juridiction. Mais il s'agissait dans ce précédent de l'exécution de l'ensemble d'une peine et non, comme ici, de simples modalités d'aménagement d'une fin de peine d'emprisonnement.

On ajoutera que la mesure critiquée est opportune eu égard à la situation actuelle des prisons, à l'absolue nécessité de prévoir un « sas de sortie » entre le monde de la prison et la liberté et de l'engorgement de la juridiction d'application des peines.