



Commentaire

Décisions n° 2023-855 DC et n° 2023-856 DC du 16 novembre 2023

Loi d'orientation et de programmation du ministère de la justice 2023-2027

Loi organique relative à l'ouverture, à la modernisation et à la responsabilité du corps judiciaire

Définitivement adoptée le 11 octobre 2023, la loi d'orientation et de programmation du ministère de la justice 2023-2027 avait été déferée au Conseil constitutionnel, le 16 octobre 2023, par plus de soixante députés.

Les députés requérants critiquaient la procédure d'adoption de la loi et de son article 1^{er}. Ils contestaient en outre la conformité à la Constitution de ses articles 2 et 44 ainsi que de certaines dispositions de ses articles 6, 24, 26, 27, 37, 47, 48 et 49.

La loi organique relative à l'ouverture, à la modernisation et à la responsabilité du corps judiciaire, prise sur le fondement des articles 64 et 65 de la Constitution, avait été définitivement adoptée le même jour que la loi ordinaire précitée.

En application du cinquième alinéa de l'article 46 et du premier alinéa de l'article 61 de la Constitution, le Conseil constitutionnel en avait été saisi par la Première ministre le 16 octobre 2023.

* Dans sa décision n° 2023-855 DC du 16 novembre 2023, le Conseil constitutionnel a déclaré contraires à la Constitution certaines dispositions de l'article 6 de la loi. Il a également censuré, comme « *cavaliers législatifs* », ses articles 4, 5, 8, 10 et 20 et le paragraphe IV de son article 49.

Il a déclaré conformes à la Constitution, sous des réserves, certaines dispositions des articles 6 et 47.

Il a enfin déclaré conformes à la Constitution les articles 2 et 44 de la loi ainsi que certaines dispositions des articles 2, 24, 26, 27, 37, 44 et 48.

* Dans sa décision n° 2023-856 DC du même jour, le Conseil a déclaré contraires à la Constitution les deux derniers alinéas des 4^o et 8^o de l'article 6 de la loi organique ainsi que les trois derniers alinéas du 10^o et les deux derniers alinéas du 11^o de ce même article.

Il a par ailleurs déclaré conformes à la Constitution, sous des réserves, certaines dispositions des articles 1^{er}, 6, 8, 12 et 13.

Les autres dispositions de la loi organique ont été déclarées conformes à la Constitution.

Dans ces deux affaires, Mme Véronique Malbec a estimé devoir s'abstenir de siéger.

*

Le présent commentaire porte sur les dispositions de la loi ordinaire relatives, d'une part, au recours aux moyens de télécommunication pour l'examen médical d'une personne placée en garde à vue, pour la réalisation de certains interrogatoires et débats par les juridictions pénales spécialisées situées en outre-mer et pour l'intervention d'un interprète au cours de l'audition libre ou de la garde à vue (5^o, 45^o et 48^o du paragraphe I de l'article 6) et, d'autre part, à l'activation à distance d'appareils connectés dans le cadre de l'enquête ou de l'instruction (33^o et 46^o du paragraphe I de l'article 6).

Sont également abordées les dispositions de la loi organique relatives aux moyens de communication audiovisuelle pour certaines audiences et délibérés (4^o et 7^o à 11^o de l'article 6) et au concours spécial de recrutement d'auditeurs de justice pour les élèves des classes « Prépa talents » (article 13).

I. – Le recours à des moyens de télécommunication pour la visite médicale et l'interprétariat en garde à vue ainsi que pour certains interrogatoires et débats réalisés par des juridictions spécialisées situées en outre-mer (5^o, 45^o et 48^o du paragraphe I de l'article 6 de la loi ordinaire)

A. – Présentation des dispositions contestées

1. – Recours à un moyen de télécommunication audiovisuelle en matière de visite médicale en garde à vue (5^o du paragraphe I)

Le 5^o du paragraphe I de l'article 6 de la loi déferée modifie l'article 63-3 du code de procédure pénale (CPP) afin de prévoir que, sous certaines conditions, l'examen médical d'une personne placée en garde à vue peut être réalisé par un moyen de télécommunication audiovisuelle.

* Selon l'étude d'impact du projet de loi à l'origine de ces dispositions, « *le principe de la consultation d'un médecin en présentiel au cours de la garde à vue a été fixé dans la loi à une époque où la téléconsultation n'existait pas. Or, le*

retour d'expérience de ces dernières années, qui ont notamment été marquées par le développement de la télémédecine dans le cadre de la crise de la Covid-19, confirme que les médecins ainsi que les patients, savent faire la distinction entre une situation médicale qui peut se traiter à distance et une situation qui nécessite un examen en présentiel. La garantie prévue par le code de procédure pénale consiste moins, pour le gardé à vue, à pouvoir être "visité" par un médecin en toutes circonstances qu'à pouvoir accéder à un médecin pour que ce dernier évalue sa situation dans le cadre d'un échange confidentiel. La tenue d'un examen médical en téléconsultation n'empêche pas le praticien de considérer qu'un examen en présentiel est indispensable au regard de l'état du gardé à vue voire, sans même avoir à se déplacer, de déterminer que l'état de ce dernier est incompatible avec la poursuite de la garde à vue ».

Cette étude d'impact soulignait par ailleurs que « la désertification médicale croissante dans de nombreux territoires français fait que les unités de gendarmerie ont de plus en plus de difficultés à obtenir le déplacement d'un médecin pour réaliser, dans leurs locaux, un examen de compatibilité de la garde à vue. Les enquêteurs sont contraints de se rendre aux urgences ou dans les cabinets des experts pour faire procéder à ces examens médicaux. En zone police, si la couverture médicale est plus dense, les effectifs médicaux sont aussi beaucoup plus sollicités et les examens réalisés dans le cadre de la procédure pénale pâtissent de la saturation du système de santé. Les heures consacrées aux déplacements, à l'attente et aux formalités administratives rallongent de façon inutile le temps de la procédure et accroissent d'autant plus la nécessité de maintenir la personne concernée en garde à vue ».

* En application de l'article 63-1 du CPP, la personne placée en garde à vue doit immédiatement être informée par l'officier de police judiciaire (OPJ) ou, sous son contrôle, par l'agent de police judiciaire, de son droit à bénéficier d'un examen médical.

Le premier alinéa de l'article 63-3 du même code précise, à cet égard, que la personne placée en garde à vue peut, à sa demande, être examinée par un médecin désigné par le procureur de la République ou l'OPJ et que, sauf en cas de circonstance insurmontable, les diligences incombant aux enquêteurs (ou, sous leur contrôle, aux assistants d'enquête) doivent intervenir au plus tard dans un délai de trois heures à compter du moment où la personne a formulé cette demande.

En cas de prolongation de la garde à vue, ce même article prévoit la possibilité pour la personne intéressée de demander à être examinée une seconde fois.

Le médecin se prononce sur l'aptitude au maintien en garde à vue et procède à toutes constatations utiles¹. Sauf décision contraire du médecin, l'examen médical doit être pratiqué à l'abri du regard et de toute écoute extérieurs afin de permettre le respect de la dignité et du secret professionnel.

Le deuxième alinéa de l'article 63-3 prévoit également que le procureur de la République ou l'OPJ peut, à tout moment, désigner d'office un médecin pour examiner la personne gardée à vue.

Son troisième alinéa dispose par ailleurs qu'en l'absence de demande de la personne gardée à vue, du procureur de la République ou de l'OPJ, un examen médical est de droit si un membre de sa famille le demande.

Son quatrième alinéa précise enfin que le médecin examine sans délai la personne gardée à vue et que le certificat médical est versé à son dossier.

* Le 5° du paragraphe I de l'article 6 de la loi déferée complète cet article 63-3 du CPP par neuf nouveaux alinéas afin de prévoir que l'examen médical de la personne gardée à vue peut être réalisé par un moyen de télécommunication audiovisuelle.

Ces dispositions prévoient ainsi que, « *Sur autorisation du procureur de la République, en cas de prolongation de la garde à vue, l'examen médical peut être réalisé par vidéotransmission ou par tout autre moyen de télécommunication audiovisuelle si la nature de l'examen le permet, dans des conditions garantissant la qualité, la confidentialité et la sécurité des échanges et selon des modalités précisées par décret en Conseil d'État. Le médecin se prononce sur la nécessité éventuelle de réaliser un examen physique direct de la personne gardée à vue au regard notamment des conditions précitées. S'il l'estime nécessaire, la personne lui est alors présentée dans les conditions prévues au premier alinéa. Dans le cas où l'examen médical est demandé par la personne ou par un membre de sa famille, le recours à un moyen de télécommunication est subordonné à l'accord exprès de celui qui sollicite cet examen* ».

Elles disposent en outre expressément que cette possibilité est exclue « *1° Lorsque la personne placée en garde à vue est un mineur ; / 2° Lorsqu'il est établi au cours de la procédure que la personne est un majeur faisant l'objet d'une mesure de protection juridique ; / 3° Lorsque la personne a été placée en garde à vue pour violences ou outrage commis sur personne dépositaire de l'autorité publique ou pour rébellion ; / 4° Lorsque la personne a été victime ou allègue*

¹ La Cour de cassation juge qu'est irrégulière une garde à vue qui continuerait malgré un certificat médical concluant à l'incompatibilité entre la mesure et l'état de santé du suspect (Cass. crim., 27 octobre 2009, *Bull. crim.* n° 176).

avoir été victime de violences, qu'elle souffre de blessures physiques apparentes ou qu'il est établi au cours de la procédure qu'elle a subi, avant ou pendant la garde à vue, une perte de connaissance ; / 5° Lorsque la personne est enceinte et que son état est apparent ou connu du procureur de la République ou des officiers ou agents de police judiciaire ; / 6° Lorsque la personne est atteinte de surdité ; / 7° Lorsque la personne présente un problème apparent de santé ou de particulière vulnérabilité »².

2. – Recours aux moyens de télécommunication par certaines juridictions spécialisées situées en outre-mer (45° du paragraphe I)

* Issu d'un amendement de MM. Sacha Houli  et Jean Terlier³ adopté en première lecture par l'Assemblée nationale, le 45° du paragraphe I de l'article 6 permet à certaines juridictions pénales spécialisées dont la compétence s'exerce sur le ressort de juridictions situées en outre-mer, de recourir à des moyens de télécommunication pour la réalisation de certains interrogatoires et débats.

L'exposé sommaire de l'amendement soulignait ainsi que « *le ressort géographique des juridictions interrégionales spécialisées (JIRS) est étendu, ce qui peut conduire à des difficultés logistiques et matérielles pour certains déplacements. Ces difficultés sont particulièrement saillantes dans les territoires ultramarins, notamment s'agissant de la JIRS de Fort-de-France dont le ressort couvre la Martinique, la Guadeloupe, la Guyane et Saint-Martin et Saint-Barthélemy, et dont l'éclatement géographique impose des liaisons aériennes ou maritimes coûteuses en moyens humains et financiers. Cela peut conduire, dans certaines hypothèses, à des difficultés dans l'exécution de mandats d'amener, voire à leur non-exécution - sans même faire état des contraintes météorologiques telles que les cyclones ».*

Pour remédier à ces difficultés, ces dispositions insèrent dans le CPP un nouvel article 706-79-2 dont le premier alinéa prévoit que, « *Lorsque la compétence d'une juridiction spécialisée relevant du présent chapitre s'exerce sur le ressort de plusieurs cours d'appel ou tribunaux supérieurs d'appel situés outre-mer, les interrogatoires de première comparution et les débats relatifs au placement en détention provisoire d'une personne se trouvant dans le ressort d'une cour d'appel ultramarine ou d'un tribunal supérieur d'appel autre que celui où siège la juridiction spécialisée peuvent être réalisés par un moyen de*

² Le dernier alinéa de l'article 63-3 du CPP prévoit par ailleurs, comme auparavant, que « *Les dispositions du présent article ne sont pas applicables lorsqu'il est procédé à un examen médical en application de règles particulières* ».

³ Amendement n  CL961 du 20 juin 2023, URL : https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/16/amendements/1346/CI0N_LOIS/CL961

télécommunication audiovisuelle, selon les modalités prévues aux premier et sixième alinéas de l'article 706-71 ».

Il est ainsi renvoyé aux dispositions du premier alinéa de cet article 706-71 selon lesquelles « *aux fins d'une bonne administration de la justice, il peut être recouru au cours de la procédure pénale, si le magistrat en charge de la procédure ou le président de la juridiction saisie l'estime justifié, dans les cas et selon les modalités prévus au présent article, à un moyen de télécommunication audiovisuelle* », ainsi qu'à celles de son sixième alinéa selon lesquelles « *si la personne est assistée par un avocat ou par un interprète, ceux-ci peuvent se trouver auprès du magistrat, de la juridiction ou de la commission compétents ou auprès de l'intéressé. Dans le premier cas, l'avocat doit pouvoir s'entretenir avec ce dernier, de façon confidentielle, en utilisant le moyen de télécommunication audiovisuelle. Dans le second cas, une copie de l'intégralité du dossier doit être mise à sa disposition dans les locaux de détention sauf si une copie de ce dossier lui a déjà été remise. Si ces dispositions s'appliquent au cours d'une audience, celle-ci doit se tenir dans des conditions qui garantissent le droit de la personne à présenter elle-même ses observations* ».

Par ailleurs, le second alinéa du nouvel article 706-79-2 du CPP prévoit que, dans le cas où il est recouru à un moyen de télécommunication audiovisuelle, la personne mise en examen doit de nouveau être entendue physiquement par le juge d'instruction avant l'expiration d'un délai de quatre mois à compter de son interrogatoire de première comparution.

3. – Recours aux moyens de télécommunication pour l'interprète (48° du paragraphe I)

Le 48° du paragraphe I modifie l'article 803-5 du CPP afin d'étendre les conditions dans lesquelles un interprète peut intervenir par l'intermédiaire de moyens de télécommunication au cours de l'audition libre ou de la garde à vue.

Selon l'étude d'impact du projet de loi, « *les services d'enquêtes sont régulièrement confrontés à des difficultés lorsqu'ils doivent faire appel à des interprètes, en nombre insuffisant au regard du niveau de la demande des différents services implantés sur un même ressort. La facilitation de l'intervention d'un interprète à distance, en permettant l'utilisation d'un moyen de télécommunication par principe, sans avoir à solliciter l'autorisation du magistrat ni à constater l'impossibilité du déplacement de l'expert, serait source d'un gain de temps pour les enquêteurs en réduisant les délais nécessaires pour procéder à une audition. Cette disposition pourrait également avoir pour effet de renforcer la qualité des traductions opérées : il est préférable de bénéficier d'une traduction à distance par un expert inscrit comme tel auprès d'une Cour d'appel*

(même différente du ressort concerné) que de devoir compter sur l'interprétariat assuré physiquement par un tiers, requis à cet effet mais non-inscrit sur la liste de la Cour d'appel ».

* En l'état du droit, l'article 63-1 du CPP prévoit que la personne gardée à vue a le droit d'être assistée par un interprète.

L'article 706-71 du CPP, relatif aux conditions dans lesquelles il peut être recouru à un moyen de télécommunication audiovisuelle au cours de la procédure, prévoit à cet égard, à son huitième alinéa, qu'« *En cas de nécessité, résultant de l'impossibilité pour un interprète de se déplacer, l'assistance de l'interprète au cours d'une audition, d'un interrogatoire ou d'une confrontation peut également se faire par l'intermédiaire de moyens de télécommunications* ».

* Le 48° du paragraphe I de l'article 6 élargit les possibilités de recourir à un interprète par visioconférence dans le cadre d'une garde à vue ou d'une audition libre.

Il modifie à cet effet l'article 803-5 du CPP afin de prévoir désormais que « *l'intervention de l'interprète lors de la notification de ses droits ainsi que son assistance par un interprète peuvent se faire, par dérogation à l'article 706-71 et selon des modalités précisées par décret en Conseil d'État, par l'intermédiaire de moyens de télécommunication, dans des conditions garantissant la qualité, la confidentialité et la sécurité des échanges, notamment entre la personne et son avocat. Le présent alinéa n'est pas applicable lorsque la personne placée en garde à vue est un majeur protégé* ». Il prévoit également que, au-delà de la quarante-huitième heure de garde à vue⁴, l'interprète ne peut intervenir par un tel moyen de télécommunication qu'« *en cas de nécessité résultant de l'impossibilité pour lui de se déplacer et sur autorisation du magistrat chargé de la procédure* ».

B. – Les griefs des députés requérants

Concernant la possibilité de réaliser, sous certaines conditions, l'examen médical d'une personne placée en garde à vue par un moyen de télécommunication audiovisuelle, les députés requérants reprochaient aux dispositions introduites à l'article 63-3 du CPP de permettre au procureur de la République d'autoriser le recours à un tel moyen de communication pour la réalisation de cet examen médical sans le subordonner au consentement de la personne intéressée. Ils soutenaient également que, même dans le cas où l'examen médical est réalisé à la demande de cette personne, cette dernière se trouvait dans une situation de

⁴ La garde à vue peut durer plus de 48 heures dans les cas d'infractions relevant de la criminalité organisée ou du terrorisme, par exemple. La prolongation au-delà de cette durée nécessite l'intervention du juge d'instruction ou du juge des libertés et de la détention.

vulnérabilité ne lui permettant pas de consentir de façon libre et éclairée au recours à un moyen de télécommunication audiovisuelle. Il en résultait, selon eux, une méconnaissance des droits de la défense et du droit pour la personne gardée à vue de recevoir les soins nécessaires garanti par le onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946.

Concernant la possibilité pour certaines juridictions pénales spécialisées exerçant leur compétence sur le ressort de juridictions situées en outre-mer de recourir à un moyen de télécommunication audiovisuelle pour certains interrogatoires et débats, les députés requérants reprochaient au nouvel article 706-79-2 du CPP de ne pas prévoir de conditions légales suffisantes pour encadrer le recours à un tel moyen, qui se trouvait ainsi subordonné selon eux au seul éloignement géographique de ces juridictions. Ils soutenaient en outre que ces dispositions permettaient qu'une personne mise en examen soit placée en détention provisoire pendant une durée de quatre mois avant de pouvoir être entendue physiquement par un juge d'instruction. Il en résultait une méconnaissance des droits de la défense, de la présomption d'innocence et de la liberté d'aller et de venir.

Concernant enfin l'assouplissement des conditions dans lesquelles un interprète peut intervenir par l'intermédiaire de moyens de télécommunication au cours de l'audition libre ou de la garde à vue, les députés requérants soutenaient que les dispositions introduites à l'article 803-5 du CPP ne permettaient pas à la personne intéressée de consentir de façon libre et éclairée à l'intervention d'un interprète par l'intermédiaire de ces moyens de télécommunication. Il en résultait une méconnaissance des droits de la défense.

C. – Analyse de constitutionnalité

1. – La jurisprudence constitutionnelle relative au recours aux moyens de télécommunication au cours de la procédure pénale

* Le principe du respect des droits de la défense est rattaché, depuis la décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, aux termes duquel : « *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* »⁵.

La jurisprudence relative au respect des droits de la défense en matière de recours à des moyens de télécommunication s'est d'abord formée à partir de dispositifs relatifs à des procédures administratives en matière de séjour des étrangers et de droit d'asile. Par la suite, le Conseil a eu l'occasion de se prononcer sur le recours

⁵ Décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, *Loi pour l'égalité des chances*, cons. 24.

à ce moyen de télécommunication en matière pénale, que ce soit en application des règles de droit commun ou de celles prévues dans le cadre exceptionnel de l'état d'urgence sanitaire.

* C'est à l'occasion de l'examen de la loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice⁶ que le Conseil constitutionnel a été saisi pour la première fois de dispositions relatives à l'usage de moyens de télécommunication devant les juridictions pénales. Il s'agissait en l'espèce de dispositions qui avaient pour objet d'étendre les possibilités de recourir à la visioconférence dans le contentieux de la détention provisoire en supprimant, à l'article 706-71 du CPP, la possibilité jusque-là reconnue à la personne placée en détention provisoire de s'y opposer pour les audiences relatives à la prolongation de sa détention.

Dans sa décision n° 2019-778 DC du 21 mars 2019, le Conseil a relevé que la suppression de cette faculté d'opposition visait à contribuer à la bonne administration de la justice et au bon usage des deniers publics, en évitant les difficultés et les coûts occasionnés par l'extraction de l'intéressé. Toutefois, il a relevé que le recours à la visioconférence pouvait lui être imposé même lorsque ce recours n'était pas justifié par des risques graves de troubles à l'ordre public ou d'évasion (c'est-à-dire les deux motifs permettant, en droit commun, d'imposer la visioconférence pour le placement en détention provisoire ou sa prolongation). Or, le Conseil a souligné « *l'importance de la garantie qui s'attache à la présentation physique de l'intéressé devant le magistrat ou la juridiction compétent dans le cadre d'une procédure de détention provisoire* ». Se fondant sur l'importance de cette garantie pour les droits de la défense et constatant « *l'état des conditions dans lesquelles s'exerce* » le recours à la visioconférence, le Conseil a conclu que la suppression de cette faculté d'opposition, de manière générale, pour tout le contentieux de la prolongation de la détention provisoire, portait une atteinte excessive aux droits de la défense⁷.

* À la suite de cette décision, le Conseil constitutionnel a été saisi de plusieurs questions prioritaires de constitutionnalité dirigées contre l'article 706-71 du CPP, dans différentes versions, qui lui ont permis de préciser la portée des exigences constitutionnelles en cette matière.

- Dans sa décision n° 2019-802 QPC du 20 septembre 2019, le Conseil était saisi du troisième alinéa de l'article 706-71 du CPP, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019⁸.

⁶ Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

⁷ Décision n° 2019-778 DC du 21 mars 2019, *Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*, paragr. 231 à 234.

⁸ Décision n° 2019-802 QPC du 20 septembre 2019, *M. Abdelnour B. (Utilisation de la visioconférence sans accord du détenu dans le cadre d'audiences relatives au contentieux de la détention provisoire)*, paragr. 7 à 14.

Il a d'abord rappelé le cadre procédural particulier des demandes de mise en liberté et les contraintes que le législateur avait entendu atténuer en ouvrant le recours à la visioconférence.

Il a ainsi relevé qu'une personne placée en détention provisoire peut demander sa mise en liberté à tout moment et que la comparution personnelle de l'intéressé est de droit devant la chambre de l'instruction s'il le demande. Dès lors, cette dernière est susceptible d'être saisie de nombreuses demandes de mise en liberté successives, accompagnées d'une demande de comparution personnelle, qui impliquent l'extraction de l'intéressé lorsqu'il n'est pas recouru à un moyen de télécommunication audiovisuelle.

Il a également observé que le président de la chambre de l'instruction peut refuser la comparution personnelle si l'intéressé a déjà comparu devant cette juridiction moins de quatre mois auparavant, ce qui est susceptible de limiter la fréquence des audiences, mais qu'il ne s'agit, pour le juge, que d'une simple faculté, à laquelle il peut renoncer s'il estime nécessaire d'entendre la personne détenue, notamment par un moyen de télécommunication audiovisuelle.

Au vu de ces contraintes, et comme il l'avait fait dans ses décisions précédentes, le Conseil a relevé que le recours à la visioconférence, le cas échéant contre l'avis de l'intéressé, en matière de demande de mise en liberté formée devant la chambre de l'instruction pendant la détention provisoire, répondait aux objectifs de valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice et de bon usage des deniers publics. Il s'agissait en effet d'éviter les difficultés et les coûts occasionnés par les extractions judiciaires.

Le Conseil constitutionnel s'est ensuite attaché aux garanties encadrant le recours à la visioconférence. Il a d'abord relevé que la comparution par visioconférence n'est jamais une obligation pour le juge, qui peut privilégier la comparution physique de l'intéressé s'il l'estime nécessaire. Il s'est ensuite attaché aux garanties existant pendant l'audience, en relevant que l'avocat, comme l'interprète le cas échéant, est présent auprès de la juridiction ou de l'intéressé.

Enfin, le Conseil a constaté que, en dehors des cas où le transport de la personne détenue paraît devoir être évité en raison de risques graves de trouble à l'ordre public ou d'évasion, l'intéressé peut s'opposer à sa comparution par visioconférence lorsqu'il est statué sur son placement en détention provisoire ou sur la prolongation de cette détention dès le début de sa détention, puis à intervalles réguliers, tous les quatre mois en matière délictuelle et tous les six mois en matière criminelle, à chaque prolongation de celle-ci.

Toutefois, le Conseil a relevé qu'en matière criminelle, la première prolongation de la détention provisoire peut n'intervenir qu'à l'issue d'une durée d'une année. Il était donc possible qu'une personne détenue soit privée pendant une année entière de la possibilité de comparaître physiquement devant le juge appelé à statuer sur la détention provisoire. Reprenant la formulation développée dans sa décision du 21 mars 2019, le Conseil a alors considéré qu'« *eu égard à l'importance de la garantie qui s'attache à la présentation physique de l'intéressé devant la juridiction compétente pour connaître de la détention provisoire et en l'état des conditions dans lesquelles s'exerce le recours à ces moyens de télécommunication, les dispositions contestées portent une atteinte excessive aux droits de la défense* ».

Selon le commentaire de cette décision, la motivation retenue par le Conseil constitutionnel pour justifier la censure prononcée montre que si la garantie d'une comparution physique régulière, dans des délais rapprochés, de la personne détenue est susceptible de compenser le fait qu'on puisse lui imposer, dans l'intervalle, le recours à la visioconférence pour ses demandes de mise en liberté, l'équilibre établi par le législateur entre les différentes exigences constitutionnelles est rompu lorsque ces délais sont trop longs (comme en l'espèce, lorsque leur durée est d'un an).

- Dans sa décision n° 2020-836 QPC du 30 avril 2020, le Conseil constitutionnel était saisi du quatrième alinéa de l'article 706-71 du CPP dans sa rédaction résultant de la loi du 23 mars 2019 précitée. Dès lors que les dispositions contestées étaient formulées en des termes identiques à celles examinées dans une autre version par le Conseil dans sa décision n° 2019-802 QPC précitée, ce dernier a renvoyé aux motifs énoncés aux paragraphes correspondants de cette décision pour déclarer de nouveau ces dispositions inconstitutionnelles⁹.

- Dans sa décision n° 2020-872 QPC du 15 janvier 2021, le Conseil constitutionnel était saisi de l'article 5 de l'ordonnance du 25 mars 2020 qui permettait, durant le premier état d'urgence sanitaire, de recourir à la visioconférence devant les juridictions pénales autres que criminelles, sans qu'il soit nécessaire de recueillir l'accord des parties. Le Conseil a ainsi été amené à appliquer la grille d'analyse établie par sa jurisprudence dans le contexte particulier de crise sanitaire résultant de l'épidémie de covid-19.

Il a d'abord considéré que ces dispositions poursuivaient l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé et contribuaient à la mise en œuvre du principe constitutionnel de continuité du fonctionnement de la justice en ce qu'elles « *visent à favoriser la continuité de l'activité des juridictions pénales*

⁹ Décision n° 2020-836 QPC du 30 avril 2020, *M. Maxime O. (Utilisation de la visioconférence sans accord du détenu dans le cadre d'audiences relatives au contentieux de la détention provisoire II)*, paragr. 10.

malgré les mesures d'urgence sanitaire prises pour lutter contre la propagation de l'épidémie de covid-19 »¹⁰.

Le Conseil s'est ensuite attaché à analyser la portée des règles dérogatoires instituées par le premier alinéa de l'article 5 et les garanties les accompagnant. À cet égard, il a identifié deux lacunes qui concernaient le champ d'application du dispositif et les conditions dans lesquelles le recours à la visioconférence était possible.

Sur le premier point, il a relevé que *« le champ d'application des dispositions contestées s'étend à toutes les juridictions pénales, à la seule exception des juridictions criminelles. Elles permettent donc d'imposer au justiciable le recours à un moyen de télécommunication audiovisuelle dans un grand nombre de cas »*. Pour illustrer le caractère particulièrement large de ce champ d'application, le Conseil a spécialement mentionné plusieurs cas dans lesquels la visioconférence pouvait être imposée par le juge pénal : *« Il en va notamment ainsi de la comparution, devant le tribunal correctionnel ou la chambre des appels correctionnels, d'un prévenu ou de la comparution devant les juridictions spécialisées compétentes pour juger les mineurs en matière correctionnelle. Le recours à un moyen de télécommunication audiovisuelle peut également être imposé lors du débat contradictoire préalable au placement en détention provisoire d'une personne ou à la prolongation d'une détention provisoire, quelle que soit alors la durée pendant laquelle la personne a, le cas échéant, été privée de la possibilité de comparaître physiquement devant le juge appelé à statuer sur la détention provisoire »¹¹.*

Sur le second point, relatif aux conditions dans lesquelles le juge pénal pouvait imposer cet usage de la visioconférence, le Conseil a constaté que *« si le recours à un moyen de télécommunication audiovisuelle n'est qu'une faculté pour le juge, les dispositions contestées ne soumettent son exercice à aucune condition légale et, qu'il s'agisse des situations mentionnées au paragraphe précédent ou de toutes les autres, ne l'encadrent par aucun critère »¹².*

Tirant les conséquences de ces deux lacunes, le Conseil constitutionnel en a déduit en l'espèce qu'*« eu égard à l'importance de la garantie qui peut s'attacher à la présentation physique de l'intéressé devant la juridiction pénale, notamment dans les cas énoncés au paragraphe 8, et en l'état des conditions dans lesquelles s'exerce le recours à ces moyens de télécommunication, ces dispositions portent*

¹⁰ Décision n° 2020-872 QPC précitée, paragr. 7. Voir également, à propos de la prise en compte de ce contexte particulier dans le cadre du contrôle de constitutionnalité en QPC, la décision n° 2020-866 QPC du 19 novembre 2020, *Société Getzner France (Procédure civile sans audience dans un contexte d'urgence sanitaire)*.

¹¹ Décision n° 2020-872 QPC du 15 janvier 2021 précitée, paragr. 8.

¹² *Ibidem*, paragr. 9.

une atteinte aux droits de la défense que ne pouvait justifier le contexte sanitaire particulier résultant de l'épidémie de covid-19 durant leur période d'application », et les a donc déclarées contraires à la Constitution¹³.

- Enfin, dans sa décision n° 2021-911/919 QPC du 4 juin 2021, le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur des dispositions de l'ordonnance n° 2020-1401 du 18 novembre 2020 portant adaptation des règles applicables aux juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière pénale, qui avait réactivé les règles de l'ordonnance du 25 mars 2020 et étendu la possibilité de recourir à la visioconférence aux présentations devant le procureur de la République ainsi que devant les juridictions criminelles. Pour des motifs similaires à ceux de sa décision n° 2020-872 QPC précitée, le Conseil constitutionnel a jugé que les atteintes portées aux droits de la défense par les dispositions contestées ne pouvaient pas être justifiées par le contexte de crise sanitaire qui existait durant la période d'application de ces dispositions¹⁴.

2 – L'application à l'espèce

– Sur le recours à la visioconférence en matière de visite médicale en garde à vue :

Alors que les députés requérants reprochaient aux dispositions du 5° du paragraphe I de l'article 6 de méconnaître les droits de la défense et le droit pour la personne gardée à vue de recevoir les soins nécessaires garanti par le onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, le Conseil constitutionnel a fondé d'office son contrôle sur le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine.

Après avoir rappelé les termes de l'*incipit* du préambule de la Constitution de 1946, il a ainsi énoncé sa formule de principe selon laquelle « *Il en ressort que la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle. Par suite, toute mesure privative de liberté doit être mise en œuvre dans le respect de la dignité de la personne humaine* »¹⁵ (paragr. 35).

Puis, le Conseil a relevé qu'en l'état actuel du droit, tel qu'il résulte de l'article 63-3 du CPP, une personne placée en garde à vue peut, à sa demande, être examinée par un médecin. En cas de prolongation de cette mesure, elle peut

¹³ *Ibidem*, paragr. 10.

¹⁴ Décision n° 2021-911/919 QPC du 4 juin 2021, *M. Wattara B. et autres (Utilisation de la visioconférence sans accord des parties devant les juridictions pénales dans un contexte d'urgence sanitaire II)*, paragr. 6 à 10.

¹⁵ Sur l'ajout de cette norme de concrétisation en présence de mesures privatives de liberté, voir le commentaire de la décision n° 2023-1064 QPC du 6 octobre 2023, *Association des avocats pénalistes (Conditions d'exécution des mesures de garde à vue)*.

demander à être examinée une seconde fois. Par ailleurs, à tout moment, le procureur de la République ou l'OPJ peut, d'office, désigner un médecin pour l'examiner (paragr. 36).

L'objet des dispositions contestées est de permettre, en cas de prolongation de la garde à vue, que l'examen médical soit réalisé par un moyen de télécommunication audiovisuelle sur autorisation du procureur de la République (paragr. 37).

Il revenait dès lors au Conseil d'apprécier la portée de ces dispositions sur le droit de la personne gardée à vue de bénéficier d'un examen médical, dont il a récemment souligné qu'il constituait une garantie propre à assurer le respect de la dignité de la personne en garde à vue¹⁶.

À cet égard, il a tout d'abord constaté que « *ces dispositions n'ont ni pour objet ni pour effet de faire obstacle au droit de la personne dont la garde à vue est prolongée de bénéficier d'un examen médical physique par un médecin. En effet, d'une part, dans le cas où l'examen médical est demandé par cette personne ou par un membre de sa famille, le recours à un moyen de télécommunication audiovisuelle est subordonné à l'accord exprès de celui qui sollicite cet examen. D'autre part, dans le cas où l'examen médical est demandé par l'officier de police judiciaire ou le procureur de la République, et que ce dernier autorise le recours à ce moyen de communication, la personne gardée à vue peut s'y opposer et demander à être examinée physiquement* » (paragr. 38).

Puis, il a relevé que le législateur avait prévu plusieurs garanties permettant de s'assurer que le recours à la télémédecine soit approprié à la situation de la personne gardée à vue. D'une part, le procureur de la République ne peut autoriser le recours à un moyen de télécommunication audiovisuelle que si la nature de l'examen le permet. Le médecin doit par ailleurs se prononcer sur la nécessité éventuelle de réaliser un examen physique direct de la personne gardée à vue. S'il l'estime nécessaire, la personne lui est alors présentée (paragr. 39).

D'autre part, le Conseil a souligné que le recours à un tel moyen n'est possible que dans des conditions garantissant la qualité, la confidentialité et la sécurité des échanges entre la personne gardée à vue et le médecin, et que dans certains cas particuliers, ce recours était, en outre, expressément exclu (paragr. 40).

Il en est ainsi lorsque la personne placée en garde à vue est un mineur ou un majeur faisant l'objet d'une mesure de protection juridique, qu'elle est enceinte, atteinte de surdité ou qu'elle présente un problème apparent de santé ou de particulière

¹⁶ Voir la décision n° 2023-1064 QPC du 6 octobre 2023 précitée, paragr. 19.

vulnérabilité, qu'elle a été placée en garde à vue pour violences ou outrage commis sur personne dépositaire de l'autorité publique ou pour rébellion, ou qu'elle a été victime ou allègue avoir été victime de violences, qu'elle souffre de blessures physiques apparentes ou qu'il est établi, au cours de la procédure, qu'elle a subi, avant ou pendant la garde à vue, une perte de connaissance (même paragr.).

Au regard de ces différentes garanties, le Conseil constitutionnel a jugé que les dispositions contestées ne méconnaissent pas le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine (paragr. 41). Ces dispositions ne méconnaissant pas non plus les droits de la défense et le droit à la protection de la santé, ni aucune autre exigence constitutionnelle, il les a donc déclarées conformes à la Constitution (paragr. 42).

– Sur le recours aux moyens de télécommunication pour les juridictions spécialisées en outre-mer :

Dans la décision commentée, le Conseil constitutionnel a examiné la constitutionnalité du 45° du paragraphe I de l'article 6 au regard des droits de la défense, garantis par l'article 16 de la Déclaration de 1789.

À cette fin, il a tout d'abord relevé qu'en application de l'article 706-75 du CPP, la compétence territoriale d'un tribunal judiciaire et d'une cour d'assises peut être étendue au ressort d'une ou plusieurs cours d'appel pour l'enquête, la poursuite, l'instruction et le jugement d'infractions relevant de la criminalité ou la délinquance organisées (paragr. 73). Puis il a constaté que lorsque la compétence de l'une de ces juridictions spécialisées s'exerce sur le ressort de plusieurs cours d'appel ou tribunaux supérieurs d'appel situés en outre-mer, les dispositions contestées autorisent la juridiction spécialisée à réaliser les interrogatoires de première comparution et les débats relatifs au placement en détention provisoire par un moyen de communication audiovisuelle dans le cas où la personne se trouve dans le ressort d'une juridiction ultramarine autre que celle où siège la juridiction spécialisée (paragr. 74).

Le Conseil s'est alors attaché, en premier lieu, à décrire l'objectif poursuivi par le législateur en relevant qu'« *il ressort des travaux préparatoires que, en adoptant ces dispositions, le législateur a souhaité, dans certaines circonstances ne permettant pas d'exécuter les mandats d'amener devant les juridictions spécialisées, autoriser le recours à un moyen de communication audiovisuelle. Il a ainsi entendu contribuer à la bonne administration de la justice* » (paragr. 76).

Puis, il a examiné si ces dispositions s'accompagnaient de garanties suffisantes pour le justiciable.

Sur ce point, il a relevé, en deuxième lieu, que le recours à un tel moyen n'était pas automatique, mais laissé à l'appréciation de la juridiction spécialisée. En effet, *« il ne peut être recouru à un moyen de télécommunication audiovisuelle pour l'interrogatoire de première comparution et le débat relatif au placement en détention provisoire que si le magistrat en charge de la procédure ou le président de la juridiction spécialisée saisie l'estime justifié. Celui-ci peut donc toujours privilégier la présentation physique de l'intéressé s'il l'estime nécessaire »* (paragr. 77).

S'inscrivant dans la continuité de ses décisions n^{os} 2020-872 QPC et 2021-911/919 QPC précitées, le Conseil a toutefois considéré que de telles dispositions ne pouvaient conduire à imposer au justiciable le recours à un moyen de télécommunication audiovisuelle sans que des circonstances particulières le justifient. C'est la raison pour laquelle il a jugé que, *« eu égard à l'importance de la garantie qui s'attache à la présentation physique de l'intéressé devant le magistrat ou la juridiction compétent, ces dispositions ne sauraient s'appliquer que dans des circonstances exceptionnelles »*. Il a alors formulé une première réserve d'interprétation selon laquelle ces dispositions *« doivent dès lors s'interpréter comme n'autorisant le recours à un tel moyen de communication que si est dûment caractérisée l'impossibilité de présenter physiquement la personne devant la juridiction spécialisée »* (paragr. 78).

Il a ensuite constaté, en troisième lieu, que, dans le cas où il a été recouru à un moyen de télécommunication audiovisuelle pour l'interrogatoire de première comparution ou le débat relatif au placement en détention provisoire, la personne mise en examen devra de nouveau être entendue par le juge d'instruction, sans recours à de tels moyens, avant l'expiration d'un délai de quatre mois à compter de son interrogatoire de première comparution (paragr. 79).

En dernier lieu, il a examiné plus précisément les modalités selon lesquelles il pourrait être recouru à un moyen de télécommunication. Il a ainsi relevé que ce recours *« doit respecter les modalités prévues au sixième alinéa de l'article 706-71 du code de procédure pénale, selon lequel notamment, lorsque la personne est assistée par un avocat ou par un interprète, ceux-ci peuvent se trouver auprès de la juridiction compétente ou auprès de l'intéressé. Dans le premier cas, l'avocat doit pouvoir s'entretenir avec ce dernier, de façon confidentielle, en utilisant le moyen de télécommunication audiovisuelle. Dans le second cas, une copie de l'intégralité du dossier doit être mise à sa disposition. La communication doit se tenir dans des conditions qui garantissent le droit pour la personne à présenter elle-même ses observations »* (paragr. 80).

Il a, en outre, formulé une seconde réserve d'interprétation selon laquelle le recours à un tel moyen devra être subordonné à la condition que soient assurées la qualité, la confidentialité et la sécurité des échanges (paragr. 81).

Sous les deux réserves ainsi énoncées, le Conseil constitutionnel a écarté le grief tiré de la méconnaissance des droits de la défense (paragr. 82). Les dispositions contestées ne méconnaissant pas non plus la présomption d'innocence et la liberté d'aller et de venir, ni aucune autre exigence constitutionnelle, il les a, sous les mêmes réserves, déclarées conformes à la Constitution (paragr. 83).

– Sur le recours aux moyens de télécommunication pour l'interprète :

Après avoir rappelé qu'en application de l'article 706-71 du CPP, l'assistance de l'interprète au cours d'une audition, d'un interrogatoire ou d'une confrontation ne peut se faire par l'intermédiaire de moyens de télécommunication qu'en cas de nécessité résultant de l'impossibilité pour un interprète de se déplacer (paragr. 86), le Conseil constitutionnel a relevé que les dispositions contestées prévoient que, désormais, l'interprète peut, par dérogation, intervenir par l'intermédiaire de moyens de télécommunication au cours de l'audition libre ou de la garde à vue (paragr. 87).

Puis, il a examiné les conditions dans lesquelles ces dispositions trouvent à s'appliquer.

Il a ainsi constaté, dans un premier temps, que le recours à de tels moyens de télécommunication n'est possible qu'au cours des quarante-huit premières heures de la garde à vue d'une personne majeure, sauf dans le cas où cette personne fait l'objet d'une mesure de protection juridique. Constatant que le législateur n'avait pas prévu une telle exception dans le cas de l'audition libre, le Conseil a assorti ces dispositions d'une réserve d'interprétation selon laquelle « *ces dispositions ne sauraient également s'appliquer lors de l'audition libre d'une personne majeure faisant l'objet d'une mesure de protection juridique* » (paragr. 88).

Il a ensuite rappelé qu'en cas de prolongation de la garde à vue au-delà de quarante-huit heures, l'interprète ne peut recourir à de tels moyens qu'en cas de nécessité résultant de l'impossibilité pour lui de se déplacer et sur autorisation du magistrat chargé de la procédure (même paragr.).

Dans un second temps, il a souligné que le recours à ces moyens de télécommunication n'est possible que dans des conditions garantissant la qualité, la confidentialité et la sécurité des échanges, notamment entre la personne et son avocat (paragr. 89).

Il a alors jugé que, sous la réserve précédemment énoncée, les dispositions contestées ne méconnaissaient pas les droits de la défense (paragr. 90). Ces dispositions ne méconnaissant aucune autre exigence constitutionnelle, il les a déclarées conformes à la Constitution (paragr. 91).

II. – L’activation à distance d’appareils connectés dans le cadre de l’enquête ou de l’instruction (33° et 46° du paragraphe I de l’article 6 de la loi ordinaire)

A. – Présentation des dispositions contestées

Les 33° et 46° du paragraphe I de l’article 6 de la loi déferée créaient de nouveaux articles 230-34-1, 706-96-2 et 706-96-3 au sein du CPP permettant, dans le cadre d’une enquête ou d’une instruction, l’activation à distance d’appareils électroniques à l’insu de leur propriétaire ou possesseur afin de procéder, pour le premier de ces articles, à sa localisation en temps réel et, pour les deux autres, à la sonorisation et à la captation d’images.

L’étude d’impact du projet de loi faisait valoir que *« les services d’enquête sont aujourd’hui confrontés à des délinquants de plus en plus aguerris, au fait des techniques d’enquête utilisées dans le cadre des procédures judiciaires.*

« Pour déjouer le travail des services de police et de gendarmerie, les délinquants surveillent souvent étroitement les véhicules et lieux privés dans lesquels ils échangent pour éviter la pose de caméras, micro ou balises permettant de les localiser ou de procéder à des captations d’images et de son.

« De ce fait, les services enquêteurs sont contraints de renoncer à la mise en place de certaines techniques spéciales d’enquête, en particulier des dispositifs techniques prévus aux articles 706-96 et 230-32 du code de procédure pénale, par crainte d’attirer l’attention des délinquants faisant l’objet d’enquête pour des faits de criminalité organisée, de révéler la stratégie établie ou tout simplement parce qu’elle exposerait la vie des agents chargés de cette mission (...).

« Il paraît donc nécessaire d’octroyer aux enquêteurs un cadre juridique pour leur permettre de conduire leurs opérations sans risquer de trahir leur présence, via la possibilité d’activer à distance un appareil connecté du mis en cause afin de procéder à l’enregistrement des images et paroles, ainsi que des données de localisation dans le but de faciliter, d’une part, l’identification des auteurs et d’autre part, la collecte d’indices et de preuves en matière de criminalité organisée ».

1. – Le recours à distance à la géolocalisation (33° du paragraphe I)

La géolocalisation en temps réel est un procédé utilisé par les services de police, de gendarmerie et des douanes¹⁷, qui permet de localiser un individu ou un bien et de suivre ses déplacements.

Techniquement, cette opération est à ce jour réalisée soit par le suivi dynamique d'un terminal de télécommunication, tel qu'un téléphone portable, soit grâce à l'utilisation d'une balise installée sur un objet ou sur un véhicule.

* La mise en place d'une mesure de géolocalisation implique de poser ou d'installer un dispositif sur un objet, ce qui peut nécessiter de pénétrer dans un lieu privé et de recueillir l'autorisation d'un magistrat.

La loi n° 2014-372 du 28 mars 2014¹⁸ a donné un cadre légal à cette technique spéciale d'investigation, prévu aux articles 230-32 et suivants du CPP.

- L'article 230-32 définit la géolocalisation comme « *tout moyen technique destiné à la localisation en temps réel, sur l'ensemble du territoire national, d'une personne, à l'insu de celle-ci, d'un véhicule ou de tout autre objet, sans le consentement de son propriétaire ou de son possesseur* ».

À l'origine, il ne pouvait être recouru à un tel moyen d'investigation que lorsque l'exigeaient les nécessités soit d'une procédure de recherche (recherche des causes de la mort ou de la disparition ou recherche d'une personne en fuite), soit d'une enquête ou d'une instruction relative à un crime ou un délit puni d'au moins trois ans d'emprisonnement en cas d'atteinte aux personnes, d'aide à l'auteur ou au complice d'un crime ou d'un acte de terrorisme (article 434-6 du code pénal) ou d'évasion (article 434-27 du code pénal), ou puni d'au moins cinq ans d'emprisonnement pour les autres crimes et délits. L'article 44 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice a permis qu'il soit recouru à la géolocalisation pour l'ensemble des infractions punies d'au moins trois ans d'emprisonnement.

- L'article 230-33 du CPP précise les autorités compétentes pour autoriser une opération de géolocalisation en temps réel ainsi que la durée de cette opération.

Son 1° fixe à huit jours la durée maximale de l'autorisation donnée par le procureur de la République dans le cadre d'une enquête de flagrance, d'une

¹⁷ Le nombre annuel de géolocalisations est estimé entre 10 000 et 12 000 mesures (source : Rapport n° 11, tome I [2018-2019] de MM. François-Noël Buffet et Yves Détraigne, fait au nom de la commission des lois du Sénat, déposé le 3 octobre 2018, sur le projet de loi organique relative au renforcement de l'organisation des juridictions).

¹⁸ Loi n° 2014-372 du 28 mars 2014 relative à la géolocalisation.

enquête préliminaire ou d'une procédure prévue aux articles 74 à 74-2, cette durée pouvant atteindre quinze jours en matière de criminalité organisée et pour les procédures de recherche¹⁹.

Selon le 2° du même article, dans le cadre d'une instruction ou d'une information pour recherche des causes de la mort ou de la disparition, la mesure de géolocalisation est autorisée par le juge d'instruction pour une durée maximale de quatre mois renouvelable dans les mêmes conditions de forme et de durée.

La durée totale de l'opération ne peut, aussi bien dans le cadre d'une enquête dirigée par le ministère public que dans le cadre d'une information judiciaire, excéder un an, cette durée étant portée à deux ans pour les infractions relevant de la criminalité organisée.

La décision d'autorisation du procureur de la République, du juge des libertés et de la détention (JLD) ou du juge d'instruction, qui est écrite, doit être « *motivée par référence aux éléments de fait et de droit justifiant que ces opérations sont nécessaires* ». Elle n'a pas de caractère juridictionnel et n'est susceptible d'aucun recours.

- L'article 230-34 du CPP prévoit que, lorsque les nécessités de l'enquête ou de l'instruction l'exigent, le procureur de la République ou le juge d'instruction peut, aux seules fins de mettre en place ou de retirer le moyen technique de géolocalisation, autoriser par décision écrite l'introduction, y compris de nuit, dans des lieux privés destinés ou utilisés à l'entrepôt de véhicules, fonds, valeurs, marchandises ou matériel, ou dans un véhicule situé sur la voie publique ou dans de tels lieux, à l'insu ou sans le consentement du propriétaire ou de l'occupant des lieux ou du véhicule ou de toute personne titulaire d'un droit sur ceux-ci.

Dans le cas où la mise en place ou le retrait de ce dispositif suppose d'intervenir dans un autre lieu privé, cette opération ne peut intervenir que dans les cas mentionnés aux 2° et 3° de l'article 230-32 ou lorsque l'enquête ou l'instruction est relative à un crime ou à un délit puni d'au moins cinq ans d'emprisonnement. Elle requiert une autorisation écrite spécifique du JLD ou du juge d'instruction s'il s'agit d'un lieu d'habitation.

¹⁹ Dans sa rédaction issue de la loi du 28 mars 2014, le 1° de l'article 230-33 du CPP prévoyait que, dans le cadre d'une enquête de flagrance, d'une enquête préliminaire ou d'une procédure de recherche prévue aux articles 74 à 74-2 du code de procédure pénale, la géolocalisation était autorisée par le procureur de la République pour une durée maximale de quinze jours consécutifs et qu'à l'issue de ce délai, elle devait être autorisée par le JLD pour une durée maximale d'un mois renouvelable dans les mêmes conditions de forme et de durée.

La mise en place d'un tel moyen technique ne peut en tout état de cause concerner ni les lieux mentionnés aux articles 56-1 à 56-5 du CPP²⁰, ni le bureau ou le domicile des personnes mentionnées à l'article 100-7.

* Le 33° du paragraphe I de l'article 6 de la loi déferée a inséré dans le CPP un nouvel article 230-34-1 qui autorise désormais l'activation à distance d'un appareil électronique, tel qu'un téléphone ou un ordinateur, « *à l'insu ou sans le consentement de son propriétaire ou de son possesseur, aux seules fins de procéder à sa localisation en temps réel* », lorsque les nécessités de l'enquête ou de l'instruction relative à un crime ou à un délit puni d'au moins cinq ans d'emprisonnement l'exigent.

L'autorisation relève de la compétence du JLD, à la requête du procureur de la République, ou du juge d'instruction dans les conditions prévues à l'article 230-33 du CPP²¹.

Le second alinéa du nouvel article 230-34-1 exclut l'activation à distance des appareils électroniques utilisés par un médecin, un notaire, un huissier, un député, un sénateur ou un journaliste, et ce à peine de nullité.

2. – Le recours à la captation à distance de sons et d'images (46° du paragraphe I)

* L'article 706-96 du CPP, issu de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, permet de recourir à la mise en place d'un dispositif technique ayant pour objet, sans le consentement des intéressés, de capter, fixer, transmettre et enregistrer des paroles prononcées par une ou plusieurs personnes à titre privé ou confidentiel, dans des lieux ou véhicules privés ou publics, ou l'image d'une ou plusieurs personnes se trouvant dans un lieu privé.

²⁰ Les articles 56-1 à 56-5 du CPP énoncent des règles particulières propres aux perquisitions qui concernent certains lieux ou certaines personnes, en raison de la nature du secret auquel ces mesures peuvent porter atteinte (le cabinet d'un avocat ou son domicile ; les locaux d'une entreprise de presse, d'une entreprise de communication audiovisuelle, d'une entreprise de communication au public en ligne, d'une agence de presse, les véhicules professionnels de ces entreprises ou agences ou le domicile d'un journaliste ; le cabinet d'un médecin, d'un notaire ou d'un huissier ; certains lieux protégés abritant des éléments couverts par le secret de la défense nationale ; les locaux d'une juridiction ou le domicile d'une personne exerçant des fonctions juridictionnelles).

²¹ Comme le relève le rapport n° 1440 rectifié MM. Jean Terlier, Erwan Balanant et Philippe Pradal, fait au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale, « *À la différence de la géolocalisation "classique", le procureur de la République ne pourra [donc] pas autoriser lui-même l'activation à distance ; il devra pour cela systématiquement saisir le JLD, même lorsque la durée est de quinze jours ou moins* ». Selon les auteurs de ce rapport, « *ce régime se rapproche finalement de celui des autorisations d'introduction dans des lieux privés aux fins de poser un dispositif de géolocalisation et semble donc cohérent et adapté* »

- Lorsque les nécessités d'une enquête ou d'une instruction portant sur des infractions d'une particulière gravité et complexité²² l'exigent, le recours à la sonorisation et la fixation d'images est autorisé, selon les cas, par le JLD ou par le juge d'instruction.

En vue de mettre en place ce dispositif, le magistrat compétent peut également autoriser l'introduction dans un véhicule ou un lieu privé, y compris en dehors des heures légales, à l'insu du propriétaire ou du possesseur du véhicule ou de l'occupant des lieux ou de toute personne titulaire d'un droit sur ceux-ci (article 706-96-1 du CPP²³).

La mise en place du dispositif technique mentionné à l'article 706-96 du CPP ne peut concerner les lieux protégés mentionnés aux articles 56-1, 56-2, 56-3 et 56-5 du même code ni être mise en œuvre dans le véhicule, le bureau ou le domicile des personnes mentionnées à l'article 100-7.

Dans le cadre d'une enquête policière, cette mesure est autorisée pour une durée d'un mois renouvelable une fois, tandis que, dans le cadre d'une information judiciaire, l'autorisation est délivrée pour une durée de quatre mois renouvelable, dans la limite de deux ans.

L'article 706-97 du CPP prévoit que la décision d'autorisation comporte tous les éléments permettant d'identifier les véhicules ou les lieux objets de la mesure de sonorisation et de captation d'images.

- Cette mesure est mise en œuvre par un OPJ ou, sous sa responsabilité, un agent de police judiciaire. À peine de nullité, elle ne peut avoir un autre objet que la recherche et la constatation des infractions mentionnées dans l'autorisation en application du dernier alinéa de l'article 709-95-14 du CPP.

Elle se déroule sous l'autorité et le contrôle du magistrat qui l'a autorisée. Ce dernier peut y mettre fin à tout moment. S'agissant des enquêtes préliminaires et de flagrance, l'article 706-95-14 du CPP prévoit en particulier que le JLD doit être informé sans délai par le procureur de la République des actes accomplis et se voir communiquer les procès-verbaux dressés en exécution de sa décision, de

²² Il s'agit des infractions relevant de la criminalité organisée mentionnées aux articles 706-73 et 706-73-1 du CPP, ainsi que certaines infractions relatives aux systèmes de traitement automatisé de données commises en bande organisée (article 706-72), certaines infractions économiques et financières (articles 706-1-1 et 706-1-2) et certaines infractions en matière de santé publique (706-2-2).

²³ Le deuxième alinéa de l'article 706-96-1 prévoit que, si la mise en place du dispositif nécessite l'introduction dans un lieu d'habitation en dehors des heures légales, elle doit être autorisée par le JLD saisi à cette fin par le magistrat instructeur.

manière à ce qu'il puisse exercer son contrôle sur la légalité des actes ainsi réalisés²⁴.

En application de l'article 706-95-18, les procès-verbaux relatifs à la mise en œuvre de cette technique d'enquête doivent mentionner la date et l'heure du début et de la fin des opérations. Seuls les éléments utiles à la manifestation de la vérité résultant des enregistrements sont retranscrits. Ces derniers sont placés sous scellés fermés. Aucune séquence relative à la vie privée étrangère aux infractions visées dans l'autorisation ne peut être conservée dans le dossier de la procédure.

* Le 46° du paragraphe I de l'article 6 de la loi déferée visait à permettre, pour les infractions relevant de la délinquance ou de la criminalité organisées, l'activation à distance d'appareils électroniques afin de capter des sons et des images.

Le nouvel article 706-96-2 du CPP créé par les dispositions contestées prévoyait à cette fin que, *« Lorsque la nature et la gravité des faits le justifie, le juge des libertés et de la détention, à la requête du procureur de la République, ou le juge d'instruction, après avis du procureur de la République, peut autoriser l'activation à distance d'un appareil électronique, à l'insu ou sans le consentement de son propriétaire ou de son possesseur, aux seules fins de procéder aux opérations mentionnées à l'article 706-96 et pour une durée strictement proportionnée à l'objectif recherché.*

« La durée de l'autorisation mentionnée au premier alinéa de l'article 706-95-16 est alors réduite à quinze jours, renouvelable une fois. Celle mentionnée au second alinéa du même article 706-95-16 est réduite à deux mois, sans que la durée totale d'autorisation des opérations puisse excéder six mois.

« En vue d'effectuer l'activation à distance d'un appareil électronique mentionnée au présent article, le procureur de la République ou le juge d'instruction peut désigner toute personne physique ou morale habilitée et inscrite sur l'une des listes prévues à l'article 157. Le procureur de la République ou le juge d'instruction peut également prescrire le recours aux moyens de l'État soumis au secret de la défense nationale, selon les formes prévues au chapitre I^{er} du titre IV du livre I^{er}.

« À peine de nullité, l'activation à distance d'un appareil électronique mentionnée au présent article ne peut concerner les appareils électroniques utilisés par un député, un sénateur, un magistrat, un avocat, un journaliste ou un médecin ».

²⁴ Si le juge des libertés et de la détention estime que les opérations n'ont pas été réalisées conformément à son autorisation ou que les dispositions applicables du code de procédure pénale n'ont pas été respectées, il peut ordonner la destruction des procès-verbaux et enregistrements effectués par ordonnance motivée.

Le nouvel article 706-96-3 du CPP interdisait, d'une part, la transcription des données relatives aux échanges avec un avocat relevant de l'exercice des droits de la défense et qui sont couvertes par le secret professionnel de la défense et du conseil, hors les cas prévus à l'article 56-1-2 du même code. D'autre part, il interdisait la transcription des données relatives aux échanges avec un journaliste permettant d'identifier ses sources, aux données issues d'un appareil qui se trouvait dans un lieu protégé.

Le 3° du paragraphe I de l'article 6 de la loi complétait par ailleurs l'article 706-97 du CPP d'un alinéa disposant que, « *Lorsque l'activation d'un appareil électronique a été autorisée en application de l'article 706-96-2, la décision comporte tous les éléments permettant d'identifier cet appareil* ».

B. – Analyse de constitutionnalité

Les députés requérants faisaient valoir que les dispositions précitées de l'article 6 portaient une atteinte injustifiée et disproportionnée au droit au respect de la vie privée, à la liberté individuelle et à la liberté d'aller et de venir, compte tenu du nombre d'objets pouvant être activés à distance et de leur champ d'application trop large. Ils soutenaient également que ces dispositions étaient contraires aux droits de la défense, dès lors qu'elles permettraient d'écouter les échanges entre la personne soupçonnée et son avocat. Enfin, ils reprochaient à ces dispositions de méconnaître l'exigence de précision de la loi pénale, faute de préciser la nature des faits pouvant justifier le recours à un tel dispositif.

1. – La jurisprudence constitutionnelle relative à la géolocalisation

* Le Conseil constitutionnel a eu de premières occasions d'examiner la conformité à la Constitution de dispositions législatives encadrant le recours à la géolocalisation en temps réel dans ses décisions n° 2014-693 DC du 25 mars 2014 et n° 2019-778 DC du 21 mars 2019.

Son contrôle s'est alors principalement opéré sur le fondement des articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et de l'article 66 de la Constitution. Il s'est attaché, d'une part, à la conciliation entre les objectifs de valeur constitutionnelle de prévention des atteintes à l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions et le respect de la liberté d'aller et venir, du droit au respect de la vie privée, de l'inviolabilité du domicile et du secret des correspondances. D'autre part, il a rappelé qu'« *il résulte de l'article 66 de la*

Constitution que la police judiciaire doit être placée sous la direction et le contrôle de l'autorité judiciaire »²⁵.

Reprenant une formulation retenue à l'occasion de l'examen d'autres dispositions instituant des règles de procédure pénale spécifiques²⁶, il en a déduit que, « *si le législateur peut prévoir des mesures d'investigation spéciales en vue de constater des crimes et délits d'une gravité et d'une complexité particulières, d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les auteurs, c'est sous réserve, d'une part, que les restrictions qu'elles apportent aux droits constitutionnellement garantis soient proportionnées à la gravité et à la complexité des infractions commises et n'introduisent pas de discriminations injustifiées et, d'autre part, que ces mesures soient conduites dans le respect des prérogatives de l'autorité judiciaire à qui il incombe en particulier de garantir que leur mise en œuvre soit nécessaire à la manifestation de la vérité »²⁷.*

S'agissant de la conformité des dispositions en cause au droit au respect de la vie privée, le Conseil constitutionnel, après avoir défini la géolocalisation comme « *une mesure de police judiciaire consistant à surveiller une personne au moyen de procédés techniques en suivant, en temps réel, la position géographique d'un véhicule que cette personne est supposée utiliser ou de tout autre objet, notamment un téléphone, qu'elle est supposée détenir* », a considéré que « *la mise en œuvre de ce procédé n'implique pas d'acte de contrainte sur la personne visée ni d'atteinte à son intégrité corporelle, de saisie, d'interception de correspondance ou d'enregistrement d'image ou de son* », mais que « *l'atteinte à la vie privée qui résulte de la mise en œuvre de ce dispositif consiste dans la surveillance par localisation continue et en temps réel d'une personne, le suivi de ses déplacements dans tous lieux publics ou privés ainsi que dans l'enregistrement et le traitement des données ainsi obtenues »²⁸.*

Il a donc admis que, bien que l'atteinte à la vie privée résultant du recours à la géolocalisation soit moindre que celle résultant d'autres dispositifs d'investigation spéciaux, tels que les interceptions des communications et correspondances ou la sonorisation de lieux privés, lesquels nécessitent des garanties plus élevées, cette atteinte était néanmoins réelle et justifiait, en

²⁵ Décision n° 2014-693 DC du 25 mars 2014, *Loi relative à la géolocalisation*, cons. 11 ; décision n° 2019-778 DC du 21 mars 2019, *Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*, paragr. 141 (à propos des interceptions de correspondances).

²⁶ Décisions n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, cons. 6 ; n° 2010-25 QPC du 16 septembre 2010, *M. Jean-Victor C. (Fichier empreintes génétiques)*, cons. 11 ; n° 2012-228/229 QPC du 6 avril 2012, *M. Kiril Z. (Enregistrement audiovisuel des interrogatoires et des confrontations des personnes mises en cause en matière criminelle)*, cons. 6.

²⁷ Décision n° 2014-693 DC du 25 mars 2014 précitée, cons. 12 ; décision n° 2019-778 DC du 21 mars 2019 précitée, paragr. 142 (à propos des interceptions de correspondances).

²⁸ Décision n° 2014-693 DC précitée, cons. 13 ; décision n° 2019-778 DC précitée, paragr. 148.

conséquence, la mise en œuvre de garanties légales assurant le respect de la vie privée.

Il a relevé, à cet égard, que « *le recours à la géolocalisation est placé sous la direction et le contrôle de l'autorité judiciaire* », puis rappelé les conditions dans lesquelles cette mesure peut être autorisée, pour une durée limitée, par le procureur de la République, et qu'elle requiert, passé ce délai, l'intervention du juge des libertés et de la détention²⁹, la décision n° 2019-778 DC faisant en outre mention de ce que « *la durée totale de l'opération ne peut excéder un an ou, s'il s'agit d'une infraction relevant de la délinquance organisée, deux ans* »³⁰.

Au total, le Conseil a estimé que le législateur avait, ainsi, « *entouré la mise en œuvre de la géolocalisation de mesures de nature à garantir que, placées sous l'autorisation et le contrôle de l'autorité judiciaire, les restrictions apportées aux droits constitutionnellement garantis soient nécessaires à la manifestation de la vérité et ne revêtent pas un caractère disproportionné au regard de la gravité et de la complexité des infractions commises* », de sorte que, « *par ces dispositions, le législateur n'a pas opéré entre les droits et libertés en cause une conciliation déséquilibrée* »³¹.

Si les motifs de conformité des dispositions relatives à la géolocalisation dans les décisions du 25 mars 2014 et du 21 mars 2019 précitées sont en substance les mêmes, le Conseil a, dans cette dernière décision, développé une approche différente au sujet des autres techniques spéciales d'investigation susceptibles d'être mises en œuvre pour la recherche de certains crimes et délits.

Ainsi, le Conseil était saisi, à l'encontre des dispositions de l'article 44 de la loi déferée, qui prévoyaient à la fois les conditions de recours à des interceptions de correspondances et à la géolocalisation, d'un grief tiré de ce que ces dispositions « *accroissent les prérogatives du procureur de la République en lui permettant de recourir à ces mesures dans le cadre des enquêtes menées pour tous les crimes et délits punis de trois ans d'emprisonnement et, en cas d'urgence, d'ordonner des écoutes téléphoniques sans autorisation préalable du juge des libertés et de la détention* ».

En ce qui concerne les interceptions de correspondances, le Conseil a censuré les dispositions contestées au motif que : « *En premier lieu, les dispositions contestées autorisent l'interception, l'enregistrement et la transcription de correspondances émises par la voie des communications électroniques dans le*

²⁹ Décision n° 2014-693 DC précitée, cons. 15 ; décision n° 2019-778 DC précitée, paragr. 149.

³⁰ Décision n° 2019-778 DC précitée, paragr. 149.

³¹ Décision n° 2014-693 DC précitée, cons. 17 ; et, dans le même sens, décision n° 2019-778 DC précitée, paragr. 150.

cadre d'une enquête de flagrance ou préliminaire, en vue de constater toute infraction punie d'au moins trois ans d'emprisonnement, quelle que soit la nature de l'atteinte résultant de cette infraction et quelle que soit la complexité de l'infraction. Or, si une infraction d'une particulière gravité et complexité est de nature à justifier le recours à de telles mesures, tel n'est pas nécessairement le cas d'infractions ne présentant pas ces caractères. En deuxième lieu, cette autorisation est délivrée, à la requête du procureur de la République, par le juge des libertés et de la détention. Toutefois, alors que son autorisation est donnée pour une durée d'un mois, les dispositions légales ne prévoient pas l'accès du juge des libertés et de la détention à l'ensemble des éléments de la procédure. Ainsi, il n'a pas accès aux procès-verbaux dressés dans le cadre de l'enquête en cours autres que ceux pris en application des articles 100-3 à 100-8 du code de procédure pénale et n'est pas informé du déroulé de l'enquête en ce qui concerne les investigations autres que la mesure d'interception de correspondances. Enfin, les dispositions législatives ne prévoient pas que le juge peut ordonner la cessation de la mesure d'interception, notamment s'il estime que celle-ci n'est plus nécessaire à la manifestation de la vérité. En dernier lieu, en cas d'urgence, l'autorisation de procéder à l'interception, l'enregistrement et la transcription de correspondances peut être délivrée par le procureur de la République et peut se poursuivre sans contrôle ni intervention d'un magistrat du siège durant vingt-quatre heures »³².

Suivant un raisonnement similaire, le Conseil a également censuré les dispositions de l'article 46 de la loi qui visaient à étendre à l'ensemble des crimes les possibilités de recours aux autres techniques spéciales d'enquête propres à la lutte contre la criminalité organisée, dont il avait relevé « *le caractère particulièrement intrusif* » pour justifier que soient prévues des garanties renforcées (il s'agissait du recueil de données techniques de connexion, de la sonorisation et la captation d'images ainsi que de la captation de données informatiques)³³.

À l'inverse, en ce qui concerne la géolocalisation, le Conseil a relevé comme des garanties suffisantes le fait que : « *le recours à la géolocalisation est placé sous la direction et le contrôle de l'autorité judiciaire. Lorsqu'elle est autorisée pour une procédure de recherche des causes de la mort ou de blessures graves, d'une disparition, d'une personne en fuite ou dans le cadre d'une enquête pour une infraction relevant de la criminalité organisée, le procureur de la République ne peut l'autoriser que pour une durée maximale de quinze jours consécutifs. Dans les autres cas, la durée de son autorisation ne peut excéder huit jours consécutifs. À l'issue de ce délai, elle est autorisée par le juge des libertés et de la détention pour une durée maximale d'un mois renouvelable. En outre, la durée totale de l'opération ne peut excéder un an ou, s'il s'agit d'une infraction relevant de la*

³² Décision n° 2019-778 DC du 21 mars 2019 précitée, paragr. 143 et suivants.

³³ *Ibidem*, paragr. 161 à 166.

délinquance organisée, deux ans. Lorsque, en cas d'urgence, elle est mise en place ou prescrite par un officier de police judiciaire, le procureur de la République, immédiatement informé, peut en prescrire la mainlevée »³⁴.

* Plus récemment, par sa décision n° 2021-930 QPC du 23 septembre 2021 et dans le prolongement de ses précédentes décisions rappelées plus haut, le Conseil s'est prononcé sur la dernière version des dispositions du CPP régissant la géolocalisation, telles qu'issues de la loi de 2019.

Il a constaté en premier lieu que, bien qu'attentatoire à la vie privée, la géolocalisation n'impliquait pas, *« pour autant, d'acte de contrainte sur la personne visée, ni d'atteinte à son intégrité corporelle, de saisie, d'interception de correspondance ou d'enregistrement d'image ou de son »³⁵.*

En deuxième lieu, s'appuyant sur plusieurs autres dispositions du CPP, le Conseil constitutionnel a relevé, d'une part, que *« le procureur de la République est un magistrat de l'ordre judiciaire auquel l'article 39-3 du code de procédure pénale confie la mission notamment de contrôler la légalité des moyens mis en œuvre par les enquêteurs et la proportionnalité des actes d'investigation au regard de la nature et de la gravité des faits »* et, d'autre part, que celui-ci *« ne peut autoriser une mesure de géolocalisation, conformément à l'article 230-32 du code de procédure pénale, que lorsque l'exigent les nécessités d'une enquête portant sur un crime ou sur un délit puni d'au moins trois ans d'emprisonnement, d'une procédure d'enquête aux fins de recherche des causes de la mort ou de la disparition prévue aux articles 74, 74-1 et 80-4 du même code ou d'une procédure de recherche d'une personne en fuite prévue à son article 74-2 »³⁶.*

En dernier lieu, le Conseil a rappelé que le procureur de la République ne peut autoriser une telle mesure, *« dans le cadre d'une procédure de recherche ou d'une enquête pour une infraction relevant de la criminalité organisée, que pour une durée maximale de quinze jours consécutifs, et, dans les autres cas, pour une durée qui ne peut excéder huit jours consécutifs »*, et qu'*« à l'issue de ce délai, la géolocalisation est autorisée par le juge des libertés et de la détention pour une durée maximale d'un mois renouvelable, sans que la durée totale de l'opération puisse excéder deux ans en matière de criminalité organisée ou un an dans les autres cas »³⁷.*

³⁴ *Ibid.*, paragr. 149.

³⁵ Décision n° 2021-930 QPC du 23 septembre 2021, *M. Jean B. (Recours à la géolocalisation sur autorisation du procureur de la République)*, paragr. 14.

³⁶ *Ibid.*, paragr. 15.

³⁷ *Ibid.*, paragr. 16.

Le Conseil en a déduit que, compte tenu de l'ensemble de ces garanties, le législateur avait assuré, dans le respect des prérogatives de l'autorité judiciaire, une conciliation équilibrée entre l'objectif de valeur constitutionnelle de recherche des auteurs d'infractions et le droit au respect de la vie privée³⁸.

Le Conseil s'est ainsi situé dans le prolongement de ses décisions précitées du 25 mars 2014 et du 21 mars 2019³⁹ et a jugé que, eu égard à sa nature et aux garanties qui entourent son prononcé, une mesure de géolocalisation pouvait ainsi être ordonnée par le procureur de la République dans le cadre d'une enquête de police.

2. – La jurisprudence relative au recours aux techniques spéciales d'investigation, dont la captation de sons et d'images

Le Conseil constitutionnel a été amené à se prononcer à plusieurs reprises sur l'utilisation de techniques spéciales d'investigation, dont la captation de son et d'images en matière de procédure pénale.

* Il a fixé le cadre de sa jurisprudence dans sa décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004 en ces termes :

« Considérant qu'il résulte de l'ensemble de ces dispositions que, si le législateur peut prévoir des mesures d'investigation spéciales en vue de constater des crimes et délits d'une gravité et d'une complexité particulières, d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les auteurs, c'est sous réserve que ces mesures soient conduites dans le respect des prérogatives de l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, et que les restrictions qu'elles apportent aux droits constitutionnellement garantis soient nécessaires à la manifestation de la vérité, proportionnées à la gravité et à la complexité des infractions commises et n'introduisent pas de discriminations injustifiées ; qu'il appartient à l'autorité judiciaire de veiller au respect de ces principes, rappelés à l'article préliminaire du code de procédure pénale, dans l'application des règles de procédure pénale spéciales instituées par la loi »⁴⁰.

Le Conseil a appliqué ces principes à la loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité qui lui était soumise. Celle-ci comportait une liste de quinze infractions pouvant donner lieu à l'application de pouvoirs spécifiques d'enquête. Le Conseil constitutionnel a jugé :

³⁸ *Ibid.*, paragr. 17.

³⁹ Décisions n° 2014-693 DC du 25 mars 2014 précitée, cons. 12, et n° 2019-778 DC précitée, paragr. 142.

⁴⁰ Décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004 précitée, cons. 6.

« Considérant, d'une façon générale, que la difficulté d'appréhender les auteurs des infractions mentionnées à l'article 706-73 nouveau du code de procédure pénale tient à l'existence d'un groupement ou d'un réseau dont l'identification, la connaissance et le démantèlement posent des problèmes complexes ;

« Considérant que les infractions retenues par l'article 706-73 sont susceptibles, pour la plupart, de porter une atteinte grave à la sécurité, à la dignité ou à la vie des personnes [...]

« Considérant que, parmi les infractions ne portant pas nécessairement atteinte aux personnes, figure le vol lorsqu'il est qualifié de crime ; que, toutefois, si le vol commis en bande organisée trouve sa place dans cette liste, il ne saurait en être ainsi que s'il présente des éléments de gravité suffisants pour justifier les mesures dérogatoires en matière de procédure pénale prévues à l'article 1^{er} de la loi déferée ; que, dans le cas contraire, ces procédures spéciales imposeraient une rigueur non nécessaire au sens de l'article 9 de la Déclaration de 1789 ; qu'il appartiendra à l'autorité judiciaire d'apprécier l'existence de tels éléments de gravité dans le cadre de l'application de la loi déferée »⁴¹.

Le Conseil constitutionnel a ensuite examiné les différentes techniques spéciales d'investigation et a jugé, s'agissant des sonorisations et fixations d'images, possibles alors uniquement dans le cadre d'une instruction :

« la recherche des auteurs des infractions mentionnées à l'article 706-73 justifie la mise en place de dispositifs techniques ayant pour objet, sans le consentement des intéressés, la captation, la fixation, la transmission et l'enregistrement de paroles ou d'images, dès lors que l'autorisation de les utiliser émane de l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, et que sont prévues des garanties procédurales appropriées ; qu'en l'espèce, les mesures contestées ne peuvent être mises en œuvre qu'après l'ouverture d'une information et sous réserve que les nécessités de celle-ci le justifient ; que le législateur a fait du juge d'instruction ou, le cas échéant, à sa requête, du juge des libertés et de la détention, l'autorité compétente pour ordonner l'utilisation de ces procédés ; qu'il a exigé une décision écrite et motivée précisant la qualification de l'infraction dont la preuve est recherchée ; qu'il a précisé que l'autorisation du magistrat compétent serait valable pour une durée maximale de quatre mois et qu'elle ne serait renouvelable que dans les mêmes conditions de forme et de durée ; qu'en outre, il a placé ces opérations sous le contrôle du magistrat qui les a autorisées ; qu'enfin, il a précisé que chacune des opérations ferait l'objet d'un procès-verbal, que les enregistrements seraient placés sous scellés fermés et qu'ils seraient détruits à l'expiration du délai de prescription de l'action publique ;

⁴¹ *Ibid.*, cons. 15 à 17.

« Considérant que l'article 706-101 nouveau du code de procédure pénale limite aux seuls enregistrements utiles à la manifestation de la vérité le contenu du procès-verbal, établi par le juge d'instruction ou l'officier de police judiciaire commis par lui, qui décrit ou transcrit les images ou les sons enregistrés ; que, dès lors, le législateur a nécessairement entendu que les séquences de la vie privée étrangères aux infractions en cause ne puissent en aucun cas être conservées dans le dossier de la procédure ;

« Considérant que, sous la réserve énoncée au considérant précédent, les dispositions critiquées ne sont pas contraires à la Constitution »⁴².

* Dans sa décision n° 2013-679 DC du 4 décembre 2013, le Conseil a examiné les dispositions de la loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière permettant, pour les infractions de fraude fiscale en bande organisée ou commises dans des circonstances particulières, et pour leur blanchiment, de recourir aux techniques spéciales d'investigation, parmi lesquelles les sonorisations et fixations d'images de certains lieux ou véhicules par décision du juge d'instruction.

À cette occasion, le Conseil a précisé et clarifié sa jurisprudence et a opéré une distinction entre, d'une part, les mesures de garde à vue et, d'autre part, les autres pouvoirs spéciaux d'enquête et de surveillance.

S'agissant des seconds, il a jugé que *« le législateur a estimé que la difficulté d'appréhender les auteurs de ces infractions tient à des éléments d'extranéité ou à l'existence d'un groupement ou d'un réseau dont l'identification, la connaissance et le démantèlement posent des problèmes complexes ; qu'eu égard à la gravité des infractions qu'il a retenues, le législateur a pu, à cette fin, fixer des règles spéciales de surveillance et d'investigation ; que, compte tenu des garanties encadrant la mise en œuvre de ces mesures spéciales d'enquête et d'instruction, les atteintes au respect de la vie privée et au droit de propriété résultant de leur mise en œuvre ne revêtent pas un caractère disproportionné au regard du but poursuivi »⁴³.*

En revanche, pour la garde à vue, il a jugé *« qu'à l'exception du délit prévu par le dernier alinéa de l'article 414 du code des douanes, les infractions énumérées par l'article 706-1-1, de corruption et de trafic d'influence ainsi que de fraude fiscale et douanière, constituent des délits qui ne sont pas susceptibles de porter atteinte en eux-mêmes à la sécurité, à la dignité ou à la vie des personnes ; qu'en*

⁴² *Ibid.*, cons. 64 à 66.

⁴³ Décision n° 2013-679 DC du 4 décembre 2013, *Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière*, cons. 75.

permettant de recourir à la garde à vue selon les modalités fixées par l'article 706-88 du code de procédure pénale au cours des enquêtes ou des instructions portant sur ces délits, le législateur a permis qu'il soit porté à la liberté individuelle et aux droits de la défense une atteinte qui ne peut être regardée comme proportionnée au but poursuivi »⁴⁴.

* Plus récemment, dans sa décision n° 2019-778 DC du 21 mars 2019 précitée, le Conseil constitutionnel a censuré des dispositions qui visaient à étendre à l'ensemble des crimes le recours à certaines techniques spéciales d'enquête – au nombre desquelles figuraient la sonorisation et la captation d'images – dans plusieurs cadres procéduraux.

Après les avoir décrites succinctement, il a commencé par indiquer que « *Ces techniques présentent [...] un caractère particulièrement intrusif* »⁴⁵. Ce faisant, il a marqué que l'intensité des atteintes au droit au respect de la vie privée, au secret des correspondances et à l'inviolabilité du domicile résultant de leur mise en œuvre devait justifier des garanties renforcées.

Le Conseil a alors constaté qu'en permettant l'usage de ces techniques spéciales, dans le cadre d'une enquête, préliminaire ou de flagrance, pour tous les crimes et non seulement ceux relevant de la criminalité et de la délinquance organisées, le législateur n'avait plus cantonné cet usage à des infractions « *d'une particulière gravité et complexité* »⁴⁶. En l'espèce, s'agissant de crimes dont la gravité n'est pas douteuse, c'est le critère de complexité qui n'était plus nécessairement présent.

Le Conseil constitutionnel a ensuite pris en compte le contrôle pouvant être exercé sur le déroulé de la mesure par le juge l'ayant ordonnée. En l'espèce, le JLD pouvait certes « *ordonner à tout moment l'interruption des techniques spéciales d'enquête* »⁴⁷. Toutefois, le Conseil a relevé les limites des pouvoirs accordés à ce magistrat : « *les dispositions légales ne prévoient pas qu'il peut accéder à l'ensemble des éléments de la procédure. Ainsi, alors que son autorisation est donnée pour une durée d'un mois, il n'a pas accès aux procès-verbaux réalisés dans le cadre de l'enquête en cours autres que ceux dressés en exécution de sa décision et n'est pas informé du déroulé de l'enquête en ce qui concerne les investigations autres que les actes accomplis en exécution de sa décision* »⁴⁸.

⁴⁴ *Ibid.*, cons. 77.

⁴⁵ Décision n° 2019-778 DC du 21 mars 2019 précitée, paragr. 161.

⁴⁶ *Ibid.*, paragr. 162.

⁴⁷ *Ibid.*, paragr. 163.

⁴⁸ *Ibid.*

Le Conseil constitutionnel en a conclu « *que le législateur a autorisé le recours à des techniques d'enquête particulièrement intrusives pour des infractions ne présentant pas nécessairement un caractère de particulière complexité, sans assortir ce recours des garanties permettant un contrôle suffisant par le juge du maintien du caractère nécessaire et proportionné de ces mesures durant leur déroulé* »⁴⁹ et a censuré, sur le fondement du droit au respect de la vie privée, du secret des correspondances et de l'inviolabilité du domicile, l'extension de ces techniques spéciales d'enquête, dans la phase d'enquête, à tous les crimes.

3. – L'application à l'espèce

* Les dispositions contestées visant à autoriser l'activation à distance d'appareils électroniques à l'insu de leur propriétaire ou possesseur afin de mettre en œuvre une mesure de géolocalisation ou de sonorisation et de captations d'images, le Conseil constitutionnel a opéré son contrôle en se fondant à titre principal sur l'article 2 de la Déclaration de 1789 protégeant le droit au respect de la vie privée.

Après avoir rappelé le cadre dans lequel s'exercent ces mesures d'investigation, il a relevé, en premier lieu, que les dispositions contestées avaient pour objet « *de faciliter la mise en place ou la désinstallation des moyens techniques permettant, selon les cas, la géolocalisation ou la sonorisation et la captation d'images* » (paragr. 63). Le Conseil n'était donc pas invité à se prononcer sur une nouvelle mesure d'investigation, mais à apprécier l'atteinte résultant de la possibilité pour les enquêteurs de mettre en œuvre à distance des mesures d'investigation existantes.

À cet égard, il a constaté que ce dispositif particulier avait vocation à s'appliquer dans des cas plus restreints que ceux justifiant la mise en œuvre de la mesure d'investigation elle-même. En effet, le législateur avait prévu qu'« *il ne peut être recouru à l'activation à distance d'un appareil électronique, s'agissant de la géolocalisation, que lorsque les nécessités de l'enquête ou de l'instruction relative à un crime ou à un délit puni d'au moins cinq ans d'emprisonnement l'exigent et, s'agissant de la sonorisation et de la captation d'images, que si la nature et la gravité des faits le justifient* » (paragr. 64).

Puis, le Conseil a relevé que l'activation à distance d'un appareil électronique répondait également à des conditions d'autorisation particulières dès lors, d'une part, que cette mesure « *ne peut être autorisée que par le juge des libertés et de la détention, à la requête du procureur de la République, ou par le juge d'instruction et aux seules fins de procéder à la localisation en temps réel ou à la sonorisation et à la captation d'images de la personne. La décision d'autorisation*

⁴⁹ *Ibid.*, paragr. 164.

doit comporter tous les éléments permettant d'identifier l'appareil concerné. D'autre part, la durée de l'autorisation de procéder à la sonorisation et à la captation d'images, qui doit être strictement proportionnée à l'objectif recherché, ne peut excéder quinze jours renouvelable une fois, au cours d'une enquête, et deux mois renouvelable sans que la durée totale des opérations excède six mois, au cours d'une information judiciaire » (paragr. 65).

Le Conseil a souligné, en outre, les limites que le législateur a fixées pour le recours au dispositif d'activation à distance, afin de protéger certaines fonctions ou professions telles que les avocats ou les journalistes (paragr. 66).

Dans ces conditions, il a jugé que *« les dispositions contestées, en tant qu'elles autorisent l'activation à distance d'appareils électroniques aux seules fins de géolocalisation, ne méconnaissent pas le droit au respect de la vie privée »* (paragr. 67).

L'article 230-34-1 du code de procédure pénale, relatif au recours à distance à la géolocalisation, ne méconnaissant aucune autre exigence constitutionnelle, le Conseil l'a donc déclaré conforme à la Constitution (paragr. 70).

* S'agissant, en revanche, des dispositions relatives à l'activation à distance d'appareils électroniques afin de capter des sons et des images, le Conseil a considéré que les garanties prévues par le législateur ne permettraient pas de répondre aux exigences découlant du droit au respect de la vie privée, compte tenu de l'atteinte particulière susceptible de résulter d'une telle mesure.

Pour caractériser cette atteinte, le Conseil a énoncé que *« l'activation à distance d'appareils électroniques afin de capter des sons et des images sans qu'il soit nécessaire pour les enquêteurs d'accéder physiquement à des lieux privés en vue de la mise en place de dispositifs de sonorisation et de captation, est de nature à porter une atteinte particulièrement importante au droit au respect de la vie privée dans la mesure où elle permet l'enregistrement, dans tout lieu où l'appareil connecté détenu par une personne privée peut se trouver, y compris des lieux d'habitation, de paroles et d'images concernant aussi bien les personnes visées par les investigations que des tiers »* (paragr. 68).

Il a ensuite jugé qu'*« en permettant de recourir à cette activation à distance non seulement pour les infractions les plus graves mais pour l'ensemble des infractions relevant de la délinquance ou de la criminalité organisées, le législateur a permis qu'il soit porté au droit au respect de la vie privée une atteinte qui ne peut être regardée comme proportionnée au but poursuivi »* (même paragr.).

C'est donc en considération du nombre et de la variété des infractions susceptibles d'être concernées par l'activation à distance à des fins de sonorisation et de captation d'images, rapportés à l'intensité de l'atteinte portée au droit au respect de la vie privée par l'effet de ce dispositif, que le Conseil a conclu à la censure des dispositions contestées, sans qu'il soit dès lors besoin d'examiner les autres griefs (paragr. 69).

III. – Le recours aux moyens de communication audiovisuelle pour certaines audiences et certains délibérés (4^o et 7^o à 11^o de l'article 6 de la loi organique)

A. – Présentation des dispositions contestées

L'article 6 modifie diverses dispositions du code de l'organisation judiciaire relatives aux procédures de délégation, suppléance ou remplacement de magistrats afin notamment de leur conférer un niveau de loi organique.

* En l'état du droit, plusieurs dispositifs codifiés dans le code de l'organisation judiciaire (COJ) ou dans le code de procédure pénale permettent d'affecter temporairement un magistrat du siège ou du parquet dans une autre juridiction que celle dans laquelle il a été nommé, afin de garantir la bonne administration de la justice. Le législateur a ainsi prévu des mécanismes de délégation des magistrats⁵⁰, de mutualisation de fonctions⁵¹ et de suppléance⁵².

La mise en œuvre de « brigades d'urgence » est par ailleurs expérimentée depuis février 2023 afin d'assurer des suppléances à Mayotte et en Guyane.

Parmi les modifications apportées à ces dispositions par l'article 6 de la loi organique déferée, ses 4^o et 7^o à 11^o instituent plusieurs nouveaux dispositifs visant à assurer la continuité du service public de la justice dans les territoires d'outre-mer ainsi qu'en Corse.

* Selon le nouvel article L.O. 125-1 du COJ, inséré par le 4^o de l'article 6 de la loi organique, « *dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice* » et « *lorsque les dispositifs de délégation, de suppléance et de remplacement prévus au présent code ne sont pas applicables dans la collectivité concernée ou lorsque*

⁵⁰ Voir notamment les articles L. 121-4 du COJ pour les magistrats du siège et R. 122-2 du même code pour les magistrats du parquet.

⁵¹ L'article 137-1-1 du CPP prévoit un dispositif de mutualisation des fonctions de juge des libertés et de la détention, tandis que l'article R. 122-4 du COJ prévoit, quant à lui, un dispositif général de mutualisation des fonctions de magistrat du parquet.

⁵² Les mécanismes de suppléance sont applicables en cas de vacance d'emploi, d'absence ou d'empêchement d'un magistrat. Il peut être souligné que l'expérimentation de « brigades d'urgence » a été mise en œuvre par le Conseil supérieur de la magistrature depuis février 2023 afin d'assurer des suppléances à Mayotte et en Guyane.

leur application n'est pas de nature à assurer la continuité du service de la justice ni le renforcement temporaire et immédiat d'une juridiction d'outre-mer ou de Corse », à la demande du premier président ou du procureur général d'une cour d'appel située dans ces territoires, un ou plusieurs magistrats du siège ou du parquet du ressort des cours d'appel de Paris et d'Aix-en-Provence, respectivement désignés par les premiers présidents, s'agissant des magistrats du siège, ou les procureurs généraux près ces cours, s'agissant des magistrats du parquet, peuvent compléter les effectifs d'une juridiction d'outre-mer ou de Corse.

Cette délégation, qui ne peut excéder trois mois, est subordonnée à l'accord des magistrats concernés, lesquels doivent avoir été préalablement inscrits sur une liste arrêtée chaque année par les chefs de cour.

En outre, ces dispositions prévoient que « *lorsque la venue des magistrats ainsi désignés n'est pas matériellement possible soit dans les délais prescrits par la loi ou le règlement, soit dans les délais exigés par la nature de l'affaire* », ils peuvent participer à l'audience et au délibéré du tribunal par un moyen de communication audiovisuelle.

Les modalités d'application de ces dispositions sont renvoyées à un décret en Conseil d'État.

Si le Sénat avait supprimé cette disposition en première lecture⁵³, celle-ci avait été rétablie par l'Assemblée nationale, le garde des sceaux ayant fait valoir à l'appui de son amendement de rétablissement que « *ces brigades de renfort destinées à Mayotte et à Cayenne, mises en place depuis février 2023, ont donné d'excellents résultats. Sur place, les avis sont unanimes. Alors que le tribunal de Mamoudzou à Mayotte s'enfonçait dans la crise, nous avons paré au plus pressé grâce à ces brigades de renfort. Les chefs de cour et de juridiction nous ont indiqué que ces juridictions avaient retrouvé un fonctionnement quasi normal. Le mécanisme proposé est quelque peu différent, mais il aboutit au même résultat : renforcer rapidement les juridictions en grande difficulté. Les juridictions d'outre-mer et de Corse attendent ce dispositif d'organisation judiciaire, qui est non pas une mesure de gestion des ressources humaines, mais bien un système ponctuel visant à éviter une crise* »⁵⁴.

⁵³ Selon l'exposé sommaire de l'amendement n° COM 47 de Mmes Canayer et Vérien, rapporteuses pour le Sénat, cette suppression était justifiée par le fait que « *les juridictions d'outre-mer et de Corse ont moins besoin de renforts ponctuels issus des cours d'appel de Paris et d'Aix-en-Provence que d'affectations pérennes, à l'échelle du ressort de la cour d'appel, leur permettant de faire face à d'éventuelles surcharges d'activité* ».

⁵⁴ Compte-rendu des débats de l'Assemblée nationale, séance du 8 juin 2023.

* Les 7° à 11° de l'article 6 insèrent, quant à eux, au sein du COJ, les nouveaux articles L.O. 513-3, L.O. 513-4, L.O. 513-7, L.O. 513-8 et L.O. 532-17 en application desquels, en cas de vacance de certains postes de magistrat du siège, d'absence, d'empêchement ou d'incompatibilité légale, les magistrats exerçant leurs fonctions dans les collectivités d'outre-mer visées par ces articles peuvent être remplacés, dans certaines conditions, par un autre magistrat.

Les paragraphes II des articles L.O. 513-4, L.O. 513-8 et L.O. 532-17 ainsi créés permettent, dans ce cadre, lorsque la venue du magistrat assurant le remplacement n'est pas matériellement possible soit dans les délais prescrits par la loi, soit dans les délais exigés par la nature de l'affaire, que l'audience soit présidée par ce magistrat relié, en direct, à la salle d'audience par un moyen de communication audiovisuelle depuis un point du territoire de la République.

B. – Analyse de constitutionnalité

1. – La jurisprudence constitutionnelle relative au recours aux moyens de télécommunication au cours de la procédure pénale

Il convient de se reporter à la présentation de la jurisprudence constitutionnelle effectuée plus haut (cf. *supra*, I.C.1.).

2. – L'application à l'espèce

* Les dispositions commentées de l'article 6 présentaient une particularité par rapport aux dispositions déjà contrôlées par le Conseil constitutionnel prévoyant des exceptions à la présence physique du justiciable à l'audience ou au délibéré.

En effet, il s'agissait ici d'autoriser le magistrat lui-même, dans certaines circonstances, à ne pas se déplacer jusqu'à la salle d'audience ou de délibéré et de recourir à un moyen de communication audiovisuelle depuis un autre lieu situé sur le territoire de la République.

Après avoir rappelé que sont garantis par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 les droits de la défense et le droit à un procès équitable, le Conseil a jugé, dans une formulation inédite, que « *La présence physique des magistrats composant la formation de jugement durant l'audience et le délibéré est une garantie légale de ces exigences constitutionnelles* » (paragr. 60).

Le Conseil a ainsi entendu souligner l'importance que revêt la présence des magistrats au sein des formations de jugement, en tant que garantie légale des droits de la défense et du droit à un procès équitable, comme il l'avait déjà fait au

sujet du principe même de l'organisation d'une audience juridictionnelle en matière civile dans sa décision n° 2020-866 QPC du 19 novembre 2020⁵⁵.

* Après quoi, pour s'assurer du respect de ces exigences constitutionnelles, le Conseil s'est attaché à décrire l'objectif poursuivi par le législateur organique. Il a, à cet égard, constaté qu'« *En prévoyant que, lorsque les dispositifs de délégation, de suppléance et de remplacement ne sont pas applicables ou lorsque leur application n'est pas de nature à assurer la continuité du service de la justice ni le renforcement temporaire et immédiat d'une juridiction située en outre-mer ou en Corse, le magistrat délégué ou remplaçant dont la venue est matériellement impossible participe à une audience et un délibéré par un moyen de communication audiovisuelle, le législateur organique a entendu poursuivre l'objectif de valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice* » (paragr. 61).

Il a alors apprécié si l'atteinte portée par ces dispositions aux exigences précitées était bien proportionnée à cet objectif.

Or, il a relevé que « *le champ d'application de ces dispositions s'étend à l'ensemble des juridictions civiles et pénales, y compris lorsqu'il est statué à juge unique. Elles permettent donc la tenue d'audiences et de délibérés hors la présence physique de magistrats dans un grand nombre de cas. Il en va notamment ainsi devant les juridictions criminelles, correctionnelles ou spécialisées compétentes pour juger les mineurs qui peuvent prononcer des peines privatives de liberté, sans qu'aucune exception ne soit prévue* » (paragr. 62).

Le Conseil a dès lors considéré qu'en se bornant à autoriser la participation à distance à des audiences et délibérés, via le recours à des moyens de communication audiovisuelle, « *au seul motif qu'un magistrat délégué ou remplaçant est dans l'impossibilité de se rendre dans la juridiction concernée, sans déterminer précisément les circonstances exceptionnelles permettant d'y recourir, les procédures concernées et les conditions permettant d'assurer la qualité, la confidentialité et la sécurité des échanges, le législateur a privé de garanties légales les exigences constitutionnelles précitées* » (paragr. 63).

Le Conseil constitutionnel en a conclu que les deux derniers alinéas des 4° et 8° de l'article 6 de la loi organique déférée ainsi que les trois derniers alinéas de son 10° et les deux derniers alinéas de son 11° étaient contraires à la Constitution (paragr. 64). Les autres dispositions de l'article 6 n'appelant pas de remarque de constitutionnalité, il les a déclarées conformes à la Constitution (paragr. 65).

⁵⁵ Décision n° 2020-866 QPC du 19 novembre 2020, *Société Getzner France (Procédure civile sans audience dans un contexte d'urgence sanitaire)*, paragr. 14.

IV – La création d’un concours spécial de recrutement d’auditeurs de justice pour les élèves des classes « Prépa talents » (article 13 de la loi organique)

A. – Présentation des dispositions contestées

* En l’état du droit, il existe de multiples modes de recrutement des magistrats. En particulier, ouvrant la voie à l’auditorat et à une scolarité de plusieurs mois à l’ENM, le concours « étudiants » (prévu au 1^o de l’article 17 de l’ordonnance statutaire) est accessible aux personnes justifiant notamment être titulaires d’un diplôme sanctionnant une formation d’une durée au moins égale à quatre années d’études après le baccalauréat ou d’une qualification reconnue au moins équivalente.

L’ENM organise des classes « *Prépa Talents* » intégrées permettant à des candidats de préparer spécifiquement ce concours. Elles « *ont pour objet de permettre une diversification de l’accès au corps de la magistrature tenant compte notamment de l’origine géographique et des ressources des candidats ou de leur famille, (...) selon des modalités fixées par un arrêté du garde des sceaux, ministre de la justice* »⁵⁶.

L’exposé des motifs du projet de loi organique relevait ainsi que « *l’ENM, qui s’est employée à démocratiser ses concours d’accès, a également créé, depuis 2008, six classes préparatoires intégrées qui ont permis le recrutement de 167 auditeurs de justice entre 2008 et 2021, soit 26,6 % des élèves formés au sein de ces préparations* ». Il soulignait cependant que « *Les résultats des préparatoires sont toutefois moins satisfaisants depuis trois ans. / Ainsi, afin de favoriser la diversité des profils des lauréats du premier concours et d’ouvrir la magistrature à des profils différents, un premier concours spécial pour le recrutement d’auditeurs de justice au profit des élèves des classes "Prépas Talents" va être expérimenté. L’ENM rejoindra ainsi les autres grandes écoles de service public, avec lesquelles elle partage d’ores et déjà un tronc commun de formation, qui expérimentent une telle voie d’accès depuis 2021* ».

En effet, suivant les préconisations du rapport « Thiriez »⁵⁷, qui envisageait plusieurs pistes pour, notamment, diversifier l’accès à la haute fonction publique

⁵⁶ Article 17-2 du décret n° 72-355 du 4 mai 1972 relatif à l’École nationale de la magistrature.

⁵⁷ « *Mission Haute fonction publique* », rapport du 30 janvier 2020 de M. Frédéric THIRIEZ, avocat aux Conseils, Florence MÉAUX, déléguée aux cadres dirigeants de l’État, et Catherine LAGNEAU, directrice adjointe de l’École des Mines de Paris, <https://www.gouvernement.fr/rapport/11390-rapport-de-m-frederic-thiriez-mission-haute-fonction-publique>. Ses auteurs faisaient notamment le constat que « *Le taux de sélectivité des concours externes est tel qu’il est extrêmement difficile, ainsi que les résultats des [classes préparatoires intégrées], notamment celle de l’ENA, en témoignent, de permettre une égalité des chances effective* ». Leur proposition n° 19 invitait dès lors à créer un concours spécial (la voie d’accès « égalité des chances »), tout en étant conscients que « *la création d’un concours spécial sera[it] nécessairement discutée au nom du principe d’égalité* ».

et à la magistrature, une ordonnance du 3 mars 2021⁵⁸ a autorisé, jusqu'au 31 décembre 2024, l'organisation d'un concours externe spécial pour l'accès à certaines écoles du service public assurant la formation de fonctionnaires. Ce concours est réservé aux personnes qui suivent ou ont récemment suivi un cycle de formation préparant à l'un ou plusieurs des concours externes ou assimilés donnant accès à ces écoles ou organismes, lorsque ce cycle de formation est accessible à l'issue d'une procédure de sélection au regard de critères sociaux.

Il peut être relevé à cet égard que le Conseil d'État a été saisi d'un recours contre l'ordonnance précitée⁵⁹. À cette occasion, il avait été saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité mettant en cause la constitutionnalité des dispositions instituant ce concours réservé aux étudiants des cycles de formation recrutés sur critères sociaux, pour l'accès aux grandes écoles de la haute fonction publique, qui était contestées par une association au motif qu'elles méconnaîtraient, notamment, le principe d'égal accès aux emplois publics. Il avait toutefois refusé de la transmettre estimant qu'elle ne présentait pas un caractère sérieux⁶⁰.

* Afin d'instituer un tel mode de recrutement pour les magistrats, le paragraphe I de l'article 13 de la loi organique examinée prévoit, par des dispositions non codifiées, qu'« *À titre expérimental, jusqu'au 31 décembre 2026, un premier concours spécial est organisé pour le recrutement d'auditeurs de justice* ».

Ce concours est réservé aux personnes qui « *suivent, à la date de clôture des inscriptions, ou ont suivi, dans les quatre années civiles précédant l'année au cours de laquelle le concours est ouvert, un cycle de formation préparant au concours mentionné au 1° de l'article 17 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature [c'est-à-dire le concours externe « étudiants »], accessible au regard de critères sociaux et à l'issue d'une procédure de sélection* ».

Ce même paragraphe prévoit également que, sous réserve des dispositions spéciales prévues, l'ordonnance statutaire est applicable à ce concours spécial, aux candidats à ce concours et à ses lauréats, les candidats au premier concours

⁵⁸ Ordonnance n° 2021-238 du 3 mars 2021 favorisant l'égalité des chances pour l'accès à certaines écoles de service public, prise sur le fondement de l'article 59 de la loi n° 2019-828 du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique. Cette ordonnance a fait l'objet d'un contentieux devant le Conseil d'État (CE, 20 juin 2022, *Association pour l'égal accès aux emplois publics et la défense de la méritocratie républicaine*, n°s 451852, 452060) qui, à cette occasion, a été saisi d'une QPC mettant en cause les dispositions instituant ce concours réservé aux étudiants des cycles de formation recrutés sur critères sociaux, pour l'accès aux grandes écoles de la haute fonction publique. L'association requérante lui faisait grief, notamment, de méconnaître le principe d'égal accès aux emplois publics.

⁵⁹ CE, 20 juin 2022., n°s 451852, 452060, précité.

⁶⁰ CE, 13 juillet 2021, *Association pour l'égal accès aux emplois publics et la défense de la méritocratie républicaine*, n° 452060, aux conclusions contraires de M. Raphaël Chambon. Sur cette QPC, voir également : « *Le refus de transmettre une QPC a parfois plus de signification que les décisions rendues* » – Commentaire par Jean-Pierre Camby, *La Semaine Juridique Edition Générale*, n° 36, 6 septembre 2021.

spécial étant sélectionnés par le jury du concours mentionné au 1° de l'article 17 de la même ordonnance, et les programmes et épreuves étant identiques à ceux de ce même concours.

Enfin, le nombre de places offertes à ce premier concours spécial au titre d'une année est encadré, puisqu'« *Il ne peut être supérieur à 15 % du nombre des places offertes au concours mentionné au même 1°* ».

Le paragraphe II de cet article renvoie à un décret en Conseil d'État le soin d'en définir les modalités d'application.

Son paragraphe III prévoit que le Gouvernement adresse au Parlement, avant le 30 juin 2026, un rapport sur l'évaluation de la mise en œuvre du premier concours spécial pour le recrutement d'auditeurs de justice (le contenu et les modalités de cette évaluation étant précisés par le décret mentionné au paragraphe II).

B. – Jurisprudence constitutionnelle

1. – La jurisprudence relative aux expérimentations

* Aux termes de l'article 37-1 de la Constitution, « *La loi et le règlement peuvent comporter, pour un objet et une durée limités, des dispositions à caractère expérimental* ».

Le Conseil constitutionnel juge que « *sur le fondement de l'article 37-1 de la Constitution, le Parlement peut autoriser, dans la perspective de leur éventuelle généralisation, des expérimentations dérogeant, pour un objet et une durée limités, au principe d'égalité devant la loi* ». Il ajoute toutefois que, ce faisant, le législateur « *doit en définir de façon suffisamment précise l'objet et les conditions et ne pas méconnaître les autres exigences de valeur constitutionnelle* »⁶¹.

L'esprit même de la révision constitutionnelle de 2003 ayant introduit cet article était de lever temporairement « l'obstacle » du principe d'égalité pour permettre au législateur, s'il le souhaite, de « tester » une mesure dans un nombre limité de cas avant d'envisager, pour un second temps, et en fonction du bilan tiré, leur généralisation (à l'ensemble du territoire, des personnes, des procédures...)

Le Conseil a ainsi jusqu'ici contrôlé sous l'angle de l'article 37-1 et au regard de leur caractère expérimental des dispositions qui n'étaient, par exemple,

⁶¹ Décision n° 2020-810 DC du 21 décembre 2020, *Loi de programmation de la recherche pour les années 2021 à 2030 et portant diverses dispositions relatives à la recherche et à l'enseignement supérieur*, paragr. 44.

applicables que dans certains départements⁶² ou ressorts, ou encore seulement pour certains types de procédures⁶³.

* Dans la mesure où elle permet de déroger, même de façon limitée, au principe d'égalité, le Conseil constitutionnel contrôle la nature « expérimentale » d'une disposition qui lui est soumise. Il ne reconnaît pas automatiquement un tel caractère à un régime juridique au seul motif qu'il ne serait que temporaire.

Ainsi était-il saisi, dans sa décision n° 2021-815 DC du 25 mars 2021, des dispositions de la loi organique portant diverses mesures relatives à l'élection du Président de la République, conçues par le législateur organique comme « expérimentales » et visant à rendre obligatoires pour l'élection présidentielle de 2022, d'une part, l'édition d'un reçu pour chaque don versé à un candidat au moyen d'un téléservice, mis en œuvre par la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques, et, d'autre part, le dépôt des comptes de campagne de ces mêmes candidats auprès de la commission par voie dématérialisée au moyen de ce téléservice.

Analysant ces dispositions, le Conseil constitutionnel a fait le constat qu'elles s'imposeraient de manière générale lors de la prochaine élection présidentielle. Il a jugé que, « *dès lors, elles n'ont donc pas, en tout état de cause et en dépit de la mention faite par le législateur qu'elles interviendraient "à titre expérimental", le caractère de dispositions à caractère expérimental au sens de l'article 37-1 de la Constitution, la circonstance qu'elles s'appliquent à la seule prochaine élection étant à cet égard indifférente* »⁶⁴.

Ce faisant, le Conseil n'a alors pas eu à se prononcer sur le point de savoir si l'article 37-1 de la Constitution peut ou non être mobilisé par le législateur pour adopter des dispositions expérimentales relevant du domaine de la loi organique.

⁶² Par ex. pour une censure : expérimentation de la possibilité de confier la présidence du conseil de surveillance d'une agence régionale de santé à une personnalité qualifiée désignée par le ministre de la santé dans certaines régions, dont la liste est définie par décret (Décision n° 2009-584 DC du 16 juillet 2009, *Loi portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires*, cons. 37)

⁶³ Par ex. pour une validation : expérimentation d'une médiation préalable obligatoire à laquelle serait soumise la recevabilité des recours contentieux exercés par certains agents publics à l'encontre d'actes relatifs à leur situation personnelle et la recevabilité de certaines requêtes relatives à des prestations, allocations ou droits (décision n° 2016-739 DC du 17 novembre 2016, *Loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle*, paragr. 15 à 20)

⁶⁴ Décision n° 2021-815 DC du 25 mars 2021, *Loi organique portant diverses mesures relatives à l'élection du Président de la République*, paragr. 16.

2. – La jurisprudence relative aux mesures de différenciation positive et au principe d'égal accès des citoyens aux emplois publics

a. – Les mesures de différenciation positive

* L'article 6 de la Déclaration de 1789 prévoit que « *La loi [...] doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens, étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents* ». Sur ce fondement, le Conseil constitutionnel juge, de manière constante, que « *le principe d'égalité devant la loi ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit* ».

Dans plusieurs décisions où étaient en cause des mécanismes législatifs d'aides spécifiques pour certains publics – mesures dites de « différenciation positive »⁶⁵ – le Conseil a précisé son contrôle en la matière, jugeant « *qu'aucun principe non plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'interdit au législateur de prendre des mesures propres à venir en aide à des catégories de personnes défavorisées dès lors que les différences de traitement qui en résultent répondent à des fins d'intérêt général qu'il appartient au législateur d'apprécier* »⁶⁶.

Il a fait application de cette jurisprudence à diverses reprises et a ainsi pu juger conformes à la Constitution diverses mesures de différenciation positive au profit d'entreprises situées dans des zones où la situation de l'emploi est particulièrement grave⁶⁷, de certaines zones prioritaires (territoires urbains, zones urbaines sensibles), des salariés jeunes⁶⁸ ou âgés⁶⁹, ou encore de chômeurs rencontrant des difficultés particulières d'insertion⁷⁰.

Par ailleurs, dans sa décision n° 2001-450 DC du 11 juillet 2001, le Conseil s'est saisi d'office du dispositif destiné à diversifier le recrutement d'étudiants de

⁶⁵ L'expression « *discrimination positive* » étant jugée trop négativement connotée pour traduire de façon opérante le concept anglo-saxon d'« *affirmative action* ».

⁶⁶ Décision n° 2012-656 DC du 24 octobre 2012, *Loi portant création des emplois d'avenir*, cons. 3

⁶⁷ Décision n° 86-207 DC du 26 juin 1986, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, cons. 31.

⁶⁸ Décision n° 2005-521 DC du 22 juillet 2005, *Loi habilitant le Gouvernement à prendre, par ordonnance, des mesures d'urgence pour l'emploi*, cons. 13. (Voir par ailleurs, antérieurement à la formulation de la norme de concrétisation : décision n° 77-79 DC du 5 juillet 1977, *Loi portant diverses dispositions en faveur de l'emploi des jeunes et complétant la loi n° 75-574 du 4 juillet 1975 tendant à la généralisation de la sécurité sociale*).

⁶⁹ Décision n° 89-257 DC du 25 juillet 1989, *Loi modifiant le code de travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion*.

⁷⁰ Décision n° 94-357 DC du 25 janvier 1995, *Loi portant diverses dispositions d'ordre social*.

« Sciences-Po » via une procédure particulière réservée aux élèves des établissements classés en « zone d'éducation prioritaire ». Il a jugé « *que, s'il est loisible au législateur de déroger aux dispositions du troisième alinéa de l'article L. 612-3 du code de l'éducation en vue de permettre la diversification de l'accès des élèves du second degré aux formations dispensées par l'Institut d'études politiques de Paris, c'est à la condition que les modalités particulières que fixera à cette fin, sous le contrôle du juge de la légalité, le conseil de direction de l'Institut, reposent sur des critères objectifs de nature à garantir le respect de l'exigence constitutionnelle d'égal accès à l'instruction ; que, sous cette réserve, l'article 14 est conforme à la Constitution* »⁷¹.

b. – L'égal accès aux emplois publics

* Le Conseil constitutionnel a développé une jurisprudence ancienne écartant la possibilité d'une différenciation positive dans le recrutement à des emplois publics. Il s'assure ainsi avec une vigilance toute particulière du respect du « *principe de l'égal accès des citoyens aux emplois publics, proclamé par l'article 6 de la Déclaration de 1789, [qui] impose que, dans les nominations de fonctionnaires, il ne soit tenu compte que de la capacité, des vertus et des talents* »⁷².

Cette exigence n'interdit toutefois pas toute forme de recrutement différencié, notamment par l'organisation de concours d'accès différents, voire de recrutement sans concours.

Il juge ainsi qu'elle « *ne s'oppose pas à ce que les règles de recrutement destinées à permettre l'appréciation des aptitudes et des qualités des candidats à l'entrée dans une école de formation ou dans un corps de fonctionnaires soient différenciées pour tenir compte tant de la variété des mérites à prendre en considération que de celle des besoins du service public* »⁷³.

Dès sa décision n° 82-153 DC du 14 janvier 1983, le Conseil constitutionnel a ainsi admis, pour ce motif, l'institution d'une troisième voie d'accès à l'École nationale d'administration (ENA) par un concours sur épreuves réservé à certains élus locaux, syndicalistes et responsables d'association. Saisi de griefs faisant notamment valoir que le législateur n'avait pas admis au bénéfice du nouveau

⁷¹ Décision n° 2001-450 DC du 11 juillet 2001, *Loi portant diverses dispositions d'ordre social éducatif et culturel*, cons. 33.

⁷² Formule présente dans sa jurisprudence dès la décision n° 82-153 DC du 14 janvier 1983, *Loi relative au statut général des fonctionnaires*, cons. 5.

⁷³ Décision n° 82-153 DC du 14 janvier 1983, précitée, cons. 5 et 7 à 9 ; voir aussi les décisions n° 85-204 DC du 16 janvier 1986, *Loi portant diverses dispositions d'ordre social*, n° 92-305 DC du 21 février 1992, *Loi organique modifiant l'ordonnance n° 58 1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature* et n° 2001-445 DC du 19 juin 2001, *Loi organique relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de magistrature*.

troisième concours de l'ENA des catégories de personnes (cadres du secteur public, semi-public ou privé) dont les mérites et les aptitudes ne sauraient être présumés moindres que ceux des personnes admises à subir le concours de sélection sur épreuves, le Conseil a relevé que « *la loi présentement examinée ne s'est pas référée, pour déterminer les catégories de personnes admises à son bénéfice, à aucun critère de caractère socio-professionnel ; qu'ainsi le principe de l'égal accès aux emplois publics n'a pu être méconnu au détriment des cadres ni d'ailleurs au détriment d'aucune autre catégorie socio-professionnelle* »⁷⁴.

* Mais si des modalités variées de recrutement sur des emplois publics sont donc possibles, elles doivent toutes respecter les exigences découlant de l'article 6 de la Déclaration de 1789, c'est-à-dire permettre la seule prise en compte, comme critère de ce recrutement, de la capacité, des vertus et des talents.

C'est ce que le Conseil a, par exemple, jugé lorsqu'il a censuré, par sa décision n° 2001-445 DC du 19 juin 2001 précitée, les dispositions organiques qui introduisaient une distinction selon le sexe dans la composition des listes de candidats au Conseil supérieur de la magistrature. Il a jugé « *que les règles édictées pour l'établissement des listes de candidats à l'élection à des dignités, places et emplois publics autres que ceux ayant un caractère politique ne peuvent, au regard du principe d'égalité d'accès énoncé par l'article 6 de la Déclaration de 1789, comporter une distinction entre candidats en raison de leur sexe ; que, dès lors, les dispositions de l'article 33 de la loi organique, qui introduisent une distinction selon le sexe dans la composition des listes de candidats aux élections au Conseil supérieur de la magistrature, sont contraires à la Constitution* »⁷⁵.

Cette jurisprudence a été réaffirmée par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2003-471 DC du 24 avril 2003, où il était saisi de dispositions permettant aux établissements d'enseignement public de recruter des assistants d'éducation pour exercer certaines fonctions auprès de l'équipe éducative, alors que le législateur avait prévu que ce « *dispositif [...] est destiné à bénéficier en priorité aux étudiants boursiers* ». Après avoir relevé qu'en raison de la mission qui leur est confiée, ceux-ci occupent des « *places et emplois publics* » au sens de l'article 6 de la Déclaration de 1789, il a jugé « *que dès lors il appartiendra aux chefs d'établissement de fonder leurs décisions de recrutement sur la capacité des intéressés à satisfaire les besoins de l'établissement ; qu'il était loisible au législateur d'instituer une priorité en faveur des étudiants boursiers sous réserve que celle-ci s'applique à aptitudes égales* »⁷⁶. Le commentaire de la décision précise à cet égard : « *En répondant de la sorte, le Conseil interprète sans ambiguïté [les dispositions contestées] comme ne faisant jouer la priorité en*

⁷⁴ Décision n° 82-153 DC du 14 janvier 1983, *Loi relative au statut général des fonctionnaires*, cons. 12.

⁷⁵ Décision n° 2001-445 DC du 19 juin 2001 précitée, cons. 56 à 58.

⁷⁶ Décision n° 2003-471 DC du 24 avril 2003, *Loi relative aux assistants d'éducation*, cons. 10

faveur des boursiers qu'à capacité égale à remplir les fonctions correspondant au "profil" recherché par le chef d'établissement ».

De même, dans sa décision n° 2009-584 DC du 16 juillet 2009, le Conseil était saisi de dispositions permettant à des personnes n'ayant pas la qualité de fonctionnaire d'être nommées dans les emplois de directeurs d'établissements publics de santé. Selon les requérants, la possibilité de telles nominations en l'absence de tout critère précis quant aux talents et aux compétences des personnes nommées méconnaissait le principe d'égal accès aux emplois public. Après avoir reproduit les termes de l'article 6 de la Déclaration de 1789, le Conseil a rappelé « *que le principe d'égal accès aux emplois publics n'interdit pas au législateur de prévoir que des personnes n'ayant pas la qualité de fonctionnaire puissent être nommées à des emplois permanents de direction d'établissement public qui sont en principe occupés par des fonctionnaires* » et « *que, toutefois, ces dispositions ne sauraient être interprétées comme permettant de procéder à des mesures de recrutement en méconnaissance de l'article 6 de la Déclaration de 1789* ». À cette aune, le Conseil a jugé « *que, dès lors, d'une part, il appartiendra au pouvoir réglementaire, chargé de prendre les mesures d'application, de fixer les règles de nature à garantir l'égal accès des candidats à ces emplois et de préciser les modalités selon lesquelles leurs aptitudes seront examinées ; que, d'autre part, il appartiendra aux autorités compétentes de fonder leur décision de nomination sur la capacité des intéressés à remplir leur mission ; que, sous cette double réserve, ces dispositions ne méconnaissent pas le principe de l'égal accès aux emplois publics* »⁷⁷.

La vigilance particulière du Conseil constitutionnel, pour le respect des exigences de l'article 6 de la Déclaration de 1789 s'est encore manifestée dans sa décision n° 2009-587 DC du 30 juillet 2009, malgré le cadre particulier des accords de Nouméa, lors de l'examen de la loi organique relative à l'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie et à la départementalisation de Mayotte. L'article 58 de la loi organique portait sur les avantages d'emploi accordés au bénéfice des citoyens de la Nouvelle-Calédonie. Il modifiait l'article 24 de la loi organique du 19 mars 1999 qui prévoit une « *préférence locale à l'emploi* » au « *bénéfice des citoyens de la Nouvelle-Calédonie et des personnes qui justifient d'une durée suffisante de résidence* ». Le Conseil constitutionnel a constaté que l'extension des mesures de priorité à l'emploi aux conjoints, partenaires ou concubins, y compris lorsque ces derniers ne remplissent pas eux-mêmes les conditions de citoyenneté de Nouvelle-Calédonie ou de durée suffisante de résidence, ne trouvait pas de fondement dans l'accord de Nouméa et ne constituait pas une mesure nécessaire à sa mise en œuvre. Il a donc relevé que l'article 58 était contraire aux principes constitutionnels d'égalité devant la loi et d'égal accès

⁷⁷ Décision n° 2009-584 DC du 16 juillet 2009, *Loi portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires*, cons. 12

aux emplois publics, garantis par l'article 6 de la Déclaration de 1789, et a censuré cet article⁷⁸.

Le commentaire de la décision n° 2012-656 DC du 24 octobre 2012 précitée résumait ainsi l'état de cette jurisprudence : « *Au total, en matière d'emploi public, les exigences constitutionnelles fixées par l'article 6 de la Déclaration de 1789 n'ont pas pour effet d'imposer que tous les agents publics soient recrutés par concours. Elles n'interdisent pas davantage au législateur de diversifier les modes de recrutement pour tenir compte de la diversité des vertus et des talents. L'exigence de capacité peut s'apprécier différemment selon les besoins du service public et les mérites des intéressés. En revanche, le Conseil constitutionnel est intransigeant sur le fait que, quelles que soient les formes qu'elles revêtent, les modalités de recrutement aux emplois publics ne doivent pas permettre de procéder à des nominations qui méconnaîtraient l'égal accès des candidats aux emplois publics en fonction de leurs vertus et de leurs talents* ».

* Soulignons enfin que ces exigences générales entourant les critères de recrutement dans la fonction publique sont naturellement pleinement applicables pour l'accès à la magistrature judiciaire, où elles sont même renforcées dans le cadre du contrôle opéré par le Conseil constitutionnel car elles constituent des garanties particulières liées à la nature des missions confiées aux magistrats.

Il juge ainsi « *qu'aucune règle ni aucun principe de valeur constitutionnelle ne s'oppose à la création, par le législateur organique, de nouveaux modes de recrutement des magistrats de l'ordre judiciaire ; que, toutefois, les règles qu'il fixe à cet effet doivent, notamment en posant des exigences précises quant à la capacité des intéressés conformes aux conditions découlant de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, contribuer à assurer le respect tant du principe d'égalité devant la justice que de l'indépendance, dans l'exercice de leurs fonctions, des magistrats ainsi recrutés* »⁷⁹.

C. – Analyse de constitutionnalité

* Dans la décision commentée, le Conseil constitutionnel a examiné la conformité à la Constitution de l'article 13 au regard des exigences découlant de l'article 6 de la Déclaration de 1789 relatives à l'égal accès des citoyens aux emplois publics.

Il lui appartenait ainsi de répondre à la question, inédite sous cette forme dans sa jurisprudence, de savoir si législateur peut, sans méconnaître ces exigences,

⁷⁸ Décision n° 2009-587 DC du 30 juillet 2009, *Loi organique relative à l'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie et à la départementalisation de Mayotte*, cons. 17 à 20.

⁷⁹ Décision n° 2001-445 DC du 19 juin 2001, *Loi organique relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature*, cons. 41.

prévoir une voie d'accès à ces emplois par un concours réservé à des candidats, eux-mêmes préalablement sélectionnés au sein d'un cycle de formation recrutant en fonction de critères sociaux.

Le Conseil a d'abord énoncé la norme constitutionnelle dont découle l'exigence de critères de recrutement fondés sur les capacités des candidats pour ce qui concerne, en général, l'accès aux emplois publics, et qui fait l'objet d'une réaffirmation renforcée pour l'accès, en particulier, à la magistrature, en raison des missions spécifiques confiées aux juges judiciaires. Il a ainsi rappelé que « *Les règles de recrutement des magistrats de l'ordre judiciaire fixées par le législateur organique doivent, notamment en posant des exigences précises quant à la capacité des intéressés, assurer le respect du principe d'égal accès aux emplois publics, proclamé par l'article 6 de la Déclaration de 1789, et concourir à l'indépendance de l'autorité judiciaire, garantie par l'article 64 de la Constitution* » (paragr. 98).

Il a dans le même temps souligné, comme il l'avait fait lors de l'examen de dispositions antérieures créant certaines voies d'accès parallèles à la fonction publique ou à la magistrature – professionnelles ou sur titres –, que « *Ces exigences ne s'opposent pas à ce que les règles de recrutement destinées à permettre l'appréciation des aptitudes et des qualités des candidats à l'entrée dans le corps judiciaire soient différenciées pour tenir compte tant de la variété des mérites à prendre en considération que de celle des besoins du service public de la justice* » (paragr. 99).

Après avoir rappelé l'objet des dispositions soumises à son examen, qui instituent un concours spécial pour le recrutement d'auditeurs de justice, auquel peuvent se présenter les personnes qui suivent ou ont suivi un cycle de formation préparant au premier concours de l'École nationale de la magistrature accessible au regard de critères sociaux et à l'issue d'une procédure de sélection (paragr. 100), le Conseil a relevé que le législateur organique avait ce faisant entendu accroître la diversité des profils des magistrats constituant le corps judiciaire (paragr. 101).

Il a alors examiné les conditions particulières de recrutement des lauréats du nouveau concours spécial d'accès à l'auditorat.

À cet égard, il a d'abord constaté que les personnes souhaitant se présenter à ce concours doivent, comme celles se présentant au premier concours, être titulaires d'un diplôme de niveau « Bac + 4 » ou justifier d'une qualification reconnue au moins équivalente (paragr. 102).

Il a alors examiné la condition particulière par laquelle le législateur organique a réservé la présentation de ce concours spécial aux personnes suivant certains

cycles de formation préparant au premier concours, et ce alors que, pour accéder à un tel cycle de formation, les candidats doivent notamment répondre à des critères sociaux.

C'est cette condition qui posait ici la principale difficulté constitutionnelle. La jurisprudence du Conseil garde en effet la trace, ancienne et constante, d'un refus de dispositifs de recrutement fondés sur des critères essentiellement autres que ceux des seuls mérites et capacités. Les critères sociaux, s'ils peuvent valablement être pris en compte en matière de recrutement à des emplois publics, n'avaient à ce jour été retenus que lorsqu'ils intervenaient en « second rang ». Cela avait ainsi conduit le Conseil, dans la décision n° 2003-471 DC du 24 avril 2003 précitée, à « neutraliser » la priorité prévue par le législateur en faveur des boursiers pour l'accès à des postes d'assistants d'éducation, l'administration ne pouvant tenir compte de cette circonstance qu'à capacités égales.

Mais, en l'espèce, le Conseil a relevé que si, pour accéder à ce cycle de formation, les personnes qui souhaitent se présenter à ce concours spécial doivent certes répondre à des critères sociaux, elles sont également soumises à une procédure de sélection dont il a constaté, se référant aux travaux parlementaires dans le silence du texte, qu'elle « *a pour objet de s'assurer que les candidats présentent le parcours de formation, les aptitudes et la motivation requis* » (paragr. 103).

Par une réserve d'interprétation, il a jugé qu'« *Il appartiendra à cet égard au pouvoir réglementaire, sous le contrôle du juge, de fixer des critères de sélection objectifs et rationnels de nature à garantir que sont pris en considération les mérites des candidats* » (même paragr.).

Concernant ensuite les modalités de sélection lors de la phase de concours proprement dite, le Conseil a relevé que « *les programmes et les épreuves du concours spécial sont identiques à ceux du premier concours et les candidats au concours spécial sont sélectionnés par le même jury* » (paragr. 104).

Il a également constaté que le législateur avait contingenté le nombre de places offertes au concours spécial, au titre d'une année : fixé par arrêté du ministre de la justice, il ne peut être supérieur à 15 % du nombre des places offertes au premier concours. Par une seconde réserve d'interprétation, le Conseil a jugé que « *Le pouvoir pour le jury de ne pas pourvoir tous les postes offerts au concours spécial devra être expressément prévu* » (paragr. 105).

Concernant, enfin, la phase de formation, le Conseil a relevé que les lauréats du premier concours spécial nommés auditeurs de justice suivent le même parcours de formation initiale que les lauréats du premier concours, à l'issue duquel ils

doivent être déclarés aptes par un jury à exercer les fonctions judiciaires (paragr. 106).

Le Conseil a dès lors estimé que le législateur avait ici permis la prise en compte de la variété des mérites des candidats comme des besoins du service public de la justice dans des conditions qui, sous les réserves énoncées plus haut, ne méconnaissaient pas les exigences constitutionnelles découlant de l'article 6 de la Déclaration de 1789.

* Pour finir, il convient de préciser que si les dispositions de l'article 13 instaurant un concours spécial pour les étudiants des classes préparatoires intégrées de l'ENM ont un caractère provisoire, le Conseil constitutionnel ne leur a pas pour autant reconnu un caractère expérimental au sens de l'article 37-1 de la Constitution (paragr. 107).

Il s'agit en effet d'une mesure qu'il reste certes possible au législateur organique de « pérenniser » après 2026, si elle donne satisfaction, mais qu'il n'est en revanche pas réellement envisagé ni possible de « généraliser » – et il ne ressortait d'ailleurs pas des travaux parlementaires que l'extension de la prise en compte de critères sociaux ait été envisagée pour d'autres concours de magistrats que celui du concours « étudiants » de l'ENM, seul auquel préparent ces classes intégrées.

Ce faisant, pas plus que dans sa décision n° 2021-815 DC du 25 mars 2021 précitée, le Conseil n'a eu à se prononcer sur le point de savoir si l'article 37-1 de la Constitution peut ou non être mobilisé par le législateur pour adopter des dispositions expérimentales relevant du domaine de la loi organique.

Le Conseil constitutionnel a par conséquent déclaré conforme à la Constitution, sous les deux réserves précitées, l'article 13 de la loi organique.