



Assemblée nationale

Projet de loi renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale

Contribution écrite de

Monsieur Didier Guérin
Président de la chambre criminelle de la Cour de cassation

Jeudi 11 février 2016

1. PREAMBULE

Il ne s'agit pas ici de se livrer à une analyse exhaustive de l'ensemble du projet de loi mais de concentrer l'analyse sur les dispositions du projet susceptibles d'avoir un important impact sur l'institution judiciaire ou pouvant poser des questions de principe.

Il faut rappeler cependant que certaines dispositions constituent des avancées significatives ou des précisions bienvenues, comme l'article 11, qui introduit un article 113-2 du code pénal prévoyant la compétence de la loi pénale française lorsqu'une infraction est commise par le biais d'un réseau de communication électronique au préjudice d'une personne résidant en France ou d'une personne morale y ayant son siège.

De même, l'article 26 du projet, qui modifie et crée plusieurs articles dans le code de procédure pénale pour clarifier les délais sanctionnés par la mise en liberté et préciser que la comparution personnelle, devant la chambre de l'instruction statuant sur l'appel du ministère public, du mis en examen mis en liberté est de droit, consacre plusieurs suggestions formulées par la Cour de cassation dans son rapport annuel (Rapport 2014, p.83 et 86), à la suite de difficultés constatées lors de l'examen de différents pourvois.

Ces avancées permettent d'espérer que d'autres suggestions formulées par la Cour dans son rapport annuel, comme celles appelant à une clarification des pouvoirs d'évocation de la chambre de l'instruction, à une meilleure articulation des effets du désistement de l'appel du prévenu avec l'appel incident du ministère public ou encore à une simplification des procédures de désignation des cours d'assises d'appel et des requêtes en dépaysement pour bonne administration de la justice soient reprises.

2. SUR LES DISPOSITIONS RENFORCANT LA LUTTE CONTRE LE CRIME ORGANISE ET LE TERRORISME

A. Sur les dispositions renforçant l'efficacité des investigations judiciaires

Ce chapitre étend les moyens d'investigations possibles en cas d'enquête de flagrance ou en enquête préliminaire, comme les perquisitions de nuit dans les locaux d'habitation et le recours à la sonorisation, à la fixation d'images et à la captation des données, sur autorisation du juge des libertés et de la détention.

Il ne figure pas dans l'exposé des motifs du projet de loi les analyses qui ont pu être faites sur les insuffisances éventuelles de coordination révélées par certaines affaires de terrorisme ainsi que sur les manques actuels de notre législation. Ne sont pas non plus détaillés les éléments sur les effets positifs attendus des futures dispositions dans la marche des procédures.

Ces dispositions constituent des moyens nouveaux pour éviter le recours au juge d'instruction et à la procédure d'instruction. Le futur code de procédure pénale aboutira à permettre, selon des conditions encadrées, et pour les affaires les plus sensibles, à l'utilisation par le procureur de la République après avis du juge des libertés et de la détention, de l'essentiel des prérogatives actuellement réservées au juge d'instruction, celui-ci n'ayant plus d'exclusivité qu'en matière de déclenchement des mesures de détention provisoire et de contrôle judiciaire et devant toujours être saisi de tous les dossiers criminels.

Or, au-delà des textes eux-mêmes, l'examen des pourvois en cassation montre régulièrement que les juridictions de jugement se heurtent au caractère incomplet de procédures d'enquêtes préliminaire ou de flagrance, qui n'ont pas permis d'examiner sous toutes leurs facettes les faits poursuivis. Il est pourtant avéré que le mode de travail du juge d'instruction, qui interroge lui-même les personnes mises en cause et qui supervise étroitement le travail des officiers de police judiciaire auxquels il délègue des missions par commission rogatoire, est, par sa nature, propre à donner à la juridiction de jugement un dossier exhaustif.

Si le renforcement des attributions du juge des libertés et de la détention se confirme, il faut *a minima* en faire un magistrat exerçant une fonction spécialisée, à part entière et individualisée dans chaque juridiction, en ayant le souci de lui permettre une organisation de son travail et de son temps ainsi que de lui fournir les moyens d'assurer effectivement un contrôle, les garanties offertes par l'intervention du juge ne pouvant se limiter à une autorisation donnée *a priori* et à un contrôle de légalité *a posteriori*.

Pour garantir un contrôle effectif, l'ensemble des textes prévoyant l'autorisation donnée par le juge des libertés et de la détention de procéder à des perquisitions de nuit (article 1er du projet), ou de recourir dispositif d'Imsi Catcher afin de recueillir les données techniques de connexion permettant l'identification d'un équipement terminal ou du numéro d'abonnement de son utilisateur (article 2 du projet) devrait mieux assurer qu'ils ne le font en l'état actuel, le suivi par lui des procédures.

A cette fin, il pourrait être prévu qu'un compte- rendu des opérations est adressé sans délai au juge des libertés et de la détention, à l'instar de l'article 706-95, dernier alinéa, du code de procédure pénale en matière d'interceptions téléphoniques qui dispose que « *le juge des libertés et de la détention qui a autorisé l'interception est informé sans délai par le procureur de la République des actes accomplis en application de l'alinéa précédent, notamment des procès-verbaux dressés en exécution de son autorisation, par application des articles 100-4 et 100-5* ».

En ce qui concerne l'article 1er sur les perquisitions de nuit, l'exigence de lisibilité de la loi ne devrait-il pas conduire à prendre en compte la réserve d'interprétation faite par le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004 sur la loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, en précisant que la perquisition ne doit pas pouvoir être réalisée à d'autres heures ?

L'article 3 du projet confie au juge des libertés et de la détention la compétence pour autoriser, pour un temps limité, des sonorisations de lieux ou de véhicules privés et publics et la fixation d'images dans des lieux privés en enquête préliminaire ou en flagrance. Le caractère particulièrement sensible de ces investigations est immédiatement percevable.

A cet égard, il a été jugé par la chambre criminelle de la Cour de cassation (Crim, 6 janvier 2015, n°14-85.448, Bull crim n°5) que l'ordonnance du juge d'instruction, prévue par l'article 706-96 du code de procédure pénale, autorisant à mettre en place un dispositif technique de captation et d'enregistrement des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel, doit être motivée au regard des éléments précis et circonstanciés résultant de la procédure et que l'absence d'une telle motivation justifiant l'atteinte à la vie privée, qui interdit tout contrôle réel et effectif de la mesure, fait grief aux personnes dont les propos ont été captés et enregistrés. Le respect de cette garantie est assuré en cours de procédure par le contrôle de la chambre de l'instruction.

En toute hypothèse, l'ordonnance du juge des libertés devra être motivée au regard des exigences de la loi. Dans le cadre de ces enquêtes, ce contrôle ne sera toutefois exercé que tardivement, au stade de la juridiction de jugement, ce qui pourra entraîner des annulations tardives de procédure.

On doit par ailleurs souligner que la personne qui est l'objet des mesures portant atteinte à ses libertés ci-dessus évoquées et qui n'est pas ensuite mis en cause dans la procédure pénale ne dispose actuellement pas de la possibilité de contester leur régularité.

B. Sur les dispositions renforçant l'enquête et les contrôles administratifs

L'article 18 du projet prévoit, en créant un article 78-2-3 du code de procédure pénale, la possibilité de retenir toute personne faisant l'objet d'un contrôle ou d'une vérification d'identité lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser que son comportement est lié à des activités à caractère terroriste ou qu'elle est en relation directe et non fortuite avec une personne ayant un tel comportement.

La personne retenue se trouvera ainsi dans une situation juridique proche de celle de la personne gardée à vue, sans cependant bénéficier des droits de celle-ci, notamment le droit à l'assistance d'un avocat, ce qui paraît difficilement compatible avec les exigences de l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Il apparaît en toute hypothèse que toute audition de la personne à des fins judiciaires sera exclue à ce stade, en l'absence de l'assistance d'un avocat, et l'éventuelle procédure pénale ultérieure ne pourra pas se fonder sur des déclarations obtenues de la personne ainsi retenue.

L'article 19 du projet insère dans le code de la sécurité intérieure un article L 434-2, précisant le cadre légal de l'usage des armes par les policiers, gendarmes douaniers et militaires déployés sur le territoire national en renfort des forces de sécurité intérieure, en dehors des cas de légitime défense qui ne pourrait être invoquée, la situation relevant d'un état de nécessité.

L'article 122-7 du code pénal qui prévoit que *“n'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace”*, définit de manière générale les causes d'irresponsabilité ou d'atténuation de la responsabilité sans décliner les hypothèses particulières.

Ce nouvel article du code de la sécurité intérieure déclinerait donc pour la première fois dans une hypothèse particulière le principe général énoncé dans le code pénal. A cet égard, on rappellera que la notion de nécessité s'est développée à travers la jurisprudence, avec l'objectif d'apporter une réponse adaptée à des hypothèses dans lesquelles l'auteur des faits ne riposte pas à un agresseur identifié. Il a ainsi été jugé que l'état de nécessité peut être

retenu comme fait justificatif dans la mesure où une personne en présence d'un danger imminent est obligée de commettre une infraction, sacrifiant ainsi une valeur pour en sauvegarder une autre d'un intérêt supérieur, et à condition que celui qui invoque cette cause d'immunité n'ait pas lui-même créé le danger par sa faute. Ainsi, il apparaît que le texte envisagé s'apparenterait plutôt à une légitime défense élargie.

En pratique, cette disposition pourra être interprétée comme conférant aux personnes visées par le texte une irresponsabilité plus étendue en cas d'utilisation de leurs armes alors que l'application des règles de la légitime défense, en fonction des circonstances de l'espèce, apportent d'ores et déjà une protection importante à l'agent de la force publique qui demeure dans les limites de la riposte raisonnée à une attaque à son égard ou à l'égard d'autrui. Elle soulèvera certainement des difficultés d'interprétation, ne serait-ce qu'en raison de la complexité de sa rédaction. Par ailleurs, on peut que rejoindre le souci qui a été manifesté face à la difficulté d'appréhender la cohérence générale des textes permettant aux gendarmes d'utiliser leurs armes, le nouvel article devant s'articuler avec l'article L2338-3 du code de la défense.

L'article 20 du projet crée un contrôle administratif des personnes revenant de théâtres d'opérations terroristes.

Il paraît difficile d'envisager qu'une personne puisse être soumise au cumul des mesures envisagées par le texte, qui autorise une astreinte à domicile plusieurs heures par jour, une résidence dans un périmètre géographique déterminé, une obligation de se présenter jusqu'à trois fois par semaine aux services de police ou aux unités de gendarmerie, pendant une longue durée sans que le renouvellement de ces mesures soit soumis à un contrôle de l'autorité judiciaire. Il crée en effet des interrogations sur sa conformité aux exigences posées par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dès lors que l'hypothèse prévue, avec le cumul possible, total ou partiel, des obligations énumérées par le texte, ne paraît pas correspondre aux termes de l'article 5, b de cette convention, tel qu'interprété par la Cour européenne des droits de l'homme (Cedh, Guzzardi c/Italie, 6 novembre 1980, req n°7367/76).

Le scénario résultant de la proposition contenue à l'article 12 de la proposition de loi n° 280 (2015-2016) tendant à renforcer l'efficacité de la lutte antiterroriste, présentée par MM les sénateurs Retailleau, Zocchetto et Bas, et cosignée par M. le sénateur Mercier, qui crée un article 412-2-7 du code pénal prévoyant que « constitue un acte de terrorisme le fait d'avoir séjourné intentionnellement à l'étranger sur un théâtre d'opérations de groupements terroristes afin de fréquenter ou d'entrer en relation avec un ou plusieurs de ces groupements, en l'absence de motif légitime », cet acte de terrorisme étant puni de trois ans d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende, permettrait sans doute d'offrir un cadre juridique plus clair.

L'application de ce texte- il faut ici rappeler les dispositions de l'article 113-13 du code pénal, qui prévoit que la loi pénale française est applicable aux crimes et délits qualifiés d'actes de terrorisme commis à l'étranger par un Français ou par une personne résidant habituellement sur le territoire français- permettrait en effet d'engager immédiatement une procédure pénale avec tous les moyens de privation ou de restriction de liberté à la disposition de la justice. Cette voie judiciaire serait ainsi ouverte pour toutes les personnes visées par l'article 20 du projet, lequel n'offre au demeurant qu'une solution extrêmement temporaire.

La création d'une telle incrimination ne pourrait cependant s'entendre qu'accompagnée des moyens matériels et humains nécessaires à sa mise en œuvre.

3. SUR LES DISPOSITIONS RENFORCANT LES GARANTIES AU COURS DE LA PROCEDURE PENALE ET SIMPLIFIANT SON DEROULEMENT

Les articles 22 et suivants du projet comportent des dispositions sur le rôle du procureur de la République au cours de l'enquête. Il est notamment introduit du contradictoire dans les enquêtes durant plus d'un an (article 24). Toutefois, ce débat contradictoire débouche sur une décision du procureur, qui n'est susceptible d'aucun recours.

Cette différence de traitement entre une personne mise en cause et faisant l'objet d'une enquête préliminaire, et celle mise en examen pour des faits de même nature est susceptible de soulever un problème d'égalité devant la loi. La différence existe d'ores et déjà mais de manière paradoxale, l'introduction partielle du contradictoire souligne de manière plus éclatante encore la différence de traitement. Pourquoi la procédure contradictoire débouche dans un cas sur un recours, et pas dans l'autre?

Par ailleurs, il serait souhaitable que le texte précise les conditions d'application dans le temps des nouvelles dispositions ainsi que la question de la portée de leur non-respect, et notamment les pouvoirs de la juridiction de jugement si un moyen de ce chef est soulevé devant elle.