

*Monsieur le Président du Conseil
constitutionnel,
Mesdames et Messieurs les Membres
du Conseil constitutionnel
2, rue Montpensier
75001 Paris.*

Paris, le 1^{er} mars 2019

Objet : Affaires n° 2019-778 DC et 2019-779 DC

Monsieur le Président du Conseil constitutionnel,
Mesdames et Messieurs les membres du Conseil constitutionnel,

Je vous prie de bien vouloir trouver ci-après la contribution du Syndicat de la magistrature (dite « porte étroite ») dans le cadre des saisines (en date du 21 février 2019) de plusieurs groupes parlementaires sur la loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice et de votre examen de la loi organique relative au renforcement de l'organisation des juridictions.

Je vous prie d'agréer, Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs les membres du Conseil constitutionnel, l'expression de notre haute considération.

Katia Dubreuil
Présidente du Syndicat de la magistrature

I – Dispositions relatives à l'organisation judiciaire

Violation du principe d'inamovibilité des magistrats du siège (art 13 de la loi organique)

En vertu de l'article 64 de la Constitution, les magistrats du siège sont inamovibles. La mobilité étant toutefois inhérente à une magistrature de carrière, la garantie d'inamovibilité se traduit par un principe de consentement à toute nouvelle affectation. L'article 4 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 dispose à cette fin qu'« en conséquence, le magistrat du siège ne peut recevoir, sans son consentement, une affectation nouvelle, même en avancement ».

Le consentement pour la nomination dans une nouvelle affectation ne peut être réel que si le magistrat a le choix de demeurer à son poste ou de postuler pour une autre affectation, et en cas de mobilité contrainte, de choisir entre plusieurs affectations.

Lorsque les fonctions exercées par le magistrat sont transférées à une autre juridiction, l'affectation dans cette juridiction constitue une mobilité contrainte même s'il s'agit d'y exercer encore les fonctions en question. Le magistrat doit donc pouvoir choisir entre l'affectation dans cette juridiction pour y exercer les missions qui étaient les siennes précédemment, d'une part, et toute autre affectation de son choix, d'autre part. A défaut, le législateur et le pouvoir exécutif pourraient réaffecter à leur guise des magistrats au gré des réformes des juridictions. C'est pourquoi l'article 31 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 prévoit que les magistrats du siège peuvent, soit demander leur affectation dans les mêmes fonctions dans la ou l'une des juridictions à qui sont transférées ces fonctions, soit émettre le souhait d'une autre affectation, en précisant trois choix (et de nouveau trois, si le garde des Sceaux le demande). Dans ce dernier cas, ils sont nommés dans l'une des affectations demandées à la date de la suppression de la juridiction, en surnombre le cas échéant.

La possibilité pour le magistrat d'être nommé dans une affectation différente de celle correspondant, au sein de la juridiction qui est désormais compétente, aux fonctions qu'il exerçait antérieurement participe donc de l'effectivité du principe d'inamovibilité.

L'article 13 de la loi organique prévoit, par dérogation au texte du statut (article 31 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature) que les juges d'instances deviendront instantanément juges des contentieux de la protection au tribunal judiciaire compétent sur le ressort de leur ex-tribunal d'instance. Cette disposition est donc contraire à l'article 64 de la Constitution en tant qu'elle impose aux magistrats des tribunaux d'instance une affectation au sein du tribunal judiciaire, pour exercer les fonctions de juge des contentieux de la

protection, le cas échéant au sein d'une chambre de proximité pour les magistrats d'un tribunal d'instance siégeant dans une ville où une telle chambre est créée.

L'intérêt pratique de cette dérogation est manifeste pour la chancellerie : si les 790 magistrats des tribunaux d'instance pouvaient choisir une nouvelle affectation parmi un nombre de postes restreints, auxquels la chancellerie serait tenue de les nommer y compris en surnombre, une désorganisation pourrait s'ensuivre avec la nomination de magistrats sur des postes déjà pourvus tandis que d'autres resteraient vacants, de surcroît dans un contexte de pénurie de moyens humains dans les juridictions. La chancellerie, qui souhaite que la réforme entre en vigueur dans un délai très court (janvier 2020), se simplifie ainsi la tâche au lieu d'échelonner la mise en œuvre de sa réforme sur un délai plus raisonnable.

En prévoyant ces dispositions dérogatoires dans le contexte de la suppression du tribunal d'instance et de la suppression de la fonction de juge d'instance, l'article 13 de la loi organique relative au renforcement de l'organisation des juridictions méconnaît le principe de l'inamovibilité des magistrats du siège prévu par l'article 64 de la Constitution et doit par conséquent être censuré.

La réforme supprime en effet à la fois la fonction de juge d'instance et la juridiction du tribunal d'instance, qui figurait dans le code de l'organisation judiciaire au rang des juridictions judiciaires (Livre 2 : Juridictions du premier degré / (...) Titre 2 : le tribunal d'instance). Concernant les tribunaux d'instance situés dans la même ville que le tribunal de grande instance, le texte prévoit leur suppression pure et simple. Concernant ceux situés dans une autre ville que le tribunal de grande instance, ils disparaissent comme juridiction autonome et deviennent une chambre détachée du tribunal judiciaire. Dans le premier et le second cas, les juges d'instance seront de plein droit nommés juges des contentieux de la protection au tribunal judiciaire couvrant le ressort du tribunal d'instance supprimé, dans le second cas, avec la précision qu'ils exerceront leurs fonctions dans la chambre de proximité.

Concrètement, les fonctions de juge des contentieux de la protection ne recouvrent pas celles de l'actuel juge d'instance. La réforme envisagée ne s'analyse pas un simple changement de nom ni du juge d'instance, ni du tribunal d'instance.

En effet, le juge d'instance, qui exerce les compétences dévolues au tribunal d'instance, est actuellement compétent selon la loi pour les contentieux suivants :

Sous-section 1 : Compétence civile du tribunal d'instance Article L221-4

Sous réserve des dispositions législatives ou réglementaires fixant la compétence particulière des autres juridictions, le tribunal d'instance connaît, en matière civile, de toutes actions personnelles ou mobilières jusqu'à la valeur de 10 000 euros. Il connaît aussi des demandes indéterminées qui ont pour origine l'exécution d'une obligation dont le montant n'excède pas 10 000 euros.

Article L221-4-1

Le tribunal d'instance connaît des demandes formées en application du règlement (CE) n° 861/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges.

Article L221-5

Les compétences particulières du tribunal d'instance sont fixées par décret en Conseil d'Etat.

La loi confère par ailleurs au juge d'instance les compétences suivantes :

Sous-section 2 : Compétence du juge du tribunal d'instance

Article L221-6 du COJ

Lorsqu'il statue sur requête et en référé, le juge du tribunal d'instance connaît des demandes visées à l'article L. 221-4.

Article L221-7

Le juge du tribunal d'instance connaît des demandes formées en application du règlement (CE) n° 1896/2006 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 instituant une procédure européenne d'injonction de payer.

Article L221-8

Par dérogation aux dispositions de l'article L. 213-6, le juge du tribunal d'instance connaît de la saisie des rémunérations, à l'exception des demandes ou moyens de défense échappant à la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire.

Il exerce les pouvoirs du juge de l'exécution.

Article L221-8-1

Le juge du tribunal d'instance connaît des mesures de traitement des situations de surendettement des particuliers et de la procédure de rétablissement personnel. Un décret peut désigner, dans le ressort de chaque tribunal de grande instance, un ou

plusieurs tribunaux d'instance dont les juges seront seuls compétents pour connaître de ces mesures et de cette procédure.

Les compétences du juge des contentieux de la protection telles que prévues par la loi sont les suivantes :

Le juge des contentieux de la protection

« Art. L. 213-4-1. – Au sein du tribunal judiciaire, un ou plusieurs juges exercent les fonctions de juge des contentieux de la protection.

« Art. L. 213-4-2. – Le juge des contentieux de la protection exerce les fonctions de juge des tutelles des majeurs.

« Il connaît :

« 1° De la sauvegarde de justice, de la curatelle, de la tutelle des majeurs et de la mesure d'accompagnement judiciaire ;

« 2° Des actions relatives à l'exercice du mandat de protection future ;

« 3° Des demandes formées par un époux, lorsque son conjoint est hors d'état de manifester sa volonté, aux fins d'être autorisé à passer seul un acte pour lequel le concours ou le consentement de ce dernier serait nécessaire, ou aux fins d'être habilité à le représenter ;

« 4° De la constatation de la présomption d'absence ;

« 5° Des demandes de désignation d'une personne habilitée et des actions relatives à l'habilitation familiale prévue à la section 6 du chapitre II du titre XI du livre I^{er} du code civil.

« Art. L. 213-4-3. – Le juge des contentieux de la protection connaît des actions tendant à l'expulsion des personnes qui occupent aux fins d'habitation des immeubles bâtis sans droit ni titre.

« Art. L. 213-4-4. – Le juge des contentieux de la protection connaît des actions dont un contrat de louage d'immeubles à usage d'habitation ou un contrat portant sur l'occupation d'un logement est l'objet, la cause ou l'occasion ainsi que des actions relatives à l'application de la loi n° 48-1360 du 1^{er} septembre 1948 portant modification et codification de la législation relative aux rapports des bailleurs et locataires ou occupants de locaux d'habitation ou à usage professionnel et instituant des allocations de logement.

« Art. L. 213-4-5. – Le juge des contentieux de la protection connaît des actions relatives à l'application du chapitre II du titre I^{er} du livre III du code de la consommation.

« Art. L. 213-4-6. – Le juge des contentieux de la protection connaît des actions relatives à l'inscription et à la radiation sur le fichier national recensant les informations sur les incidents de paiement caractérisés liés aux crédits accordés aux personnes physiques pour des besoins non professionnels prévu à l'article L. 751-1 du code de la consommation.

« Art. L. 213-4-7. – Le juge des contentieux de la protection connaît des mesures de traitement des situations de surendettement des particuliers et de la procédure de rétablissement personnel.

« Art. L. 213-4-8. – Le juge des contentieux de la protection peut renvoyer à la formation collégiale du tribunal judiciaire, qui statue comme juge des contentieux de la protection.

« La formation collégiale comprend le juge qui a ordonné le renvoi. » ;

13° *bis* Aux premier et second alinéas de l'article L. 213-5, les mots : « de grande instance » sont remplacés par le mot : « judiciaire » ;

14° Après le quatrième alinéa de l'article L. 213-6, il est inséré un alinéa ainsi rédigé :
« Il connaît de la saisie des rémunérations, à l'exception des demandes ou moyens de défense échappant à la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire. » ;

Les compétences des chambres détachées seront fixées par décret et pourront varier selon la décision des chefs de cour :

« Art. L. 212-8. – Le tribunal judiciaire peut comprendre, en dehors de son siège, des chambres de proximité dénommées "tribunaux de proximité", dont le siège et le ressort ainsi que les compétences matérielles sont fixées par décret.

« Ces chambres peuvent se voir attribuer, dans les limites de leur ressort, des compétences matérielles supplémentaires, par une décision conjointe du premier président de la cour d'appel et du procureur général près cette cour, après avis des chefs de juridiction et consultation du conseil de juridiction concernés. » ;

Si certaines compétences actuellement dévolues aux juges d'instance ou au tribunal d'instance seront confiées au juge du contentieux de la protection, ce n'est pas le cas par exemple du contentieux portant sur un montant de moins de 10 000 euros. Le gouvernement annonce qu'il confiera cette compétence par décret aux chambres détachées, mais seuls 200 juges d'instance sur les 790 actuellement en fonction exerceront au sein des futures chambres détachées, tous les autres juges d'instance, qui exercent dans un TI situé dans la même ville qu'un TGI, ayant vocation à être reversés dans les tribunaux judiciaires.

Ainsi, outre qu'en droit, les juges d'instances verront leur juridiction et leur fonction supprimées, la modification de leurs fonctions et de leurs conditions d'exercice sera substantielle : ils n'exerceront plus les mêmes compétences, ne seront plus en charge d'un contentieux autonome traité au sein de juridictions elles-mêmes autonomes et de petite taille, et pourront de surcroît se voir confier par les chefs de cour d'autres compétences.

L'article 13 constitue par conséquent pour les juges d'instance une mobilité imposée dans des conditions contraires à l'article 64 de la Constitution et la disposition doit donc

être censurée. Si ce type de manœuvre devait être validé, le principe d'inamovibilité des magistrats du siège se trouverait en effet vidé de toute portée contraignante.

Violation du principe constitutionnel d'égalité devant la justice, des principes constitutionnels d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi et de l'article 34 de la Constitution (article 95, I, 17° de la loi ordinaire)

Par sa décision n° 2009-590 DC du 29 octobre 2009, appliquant à la justice le principe constitutionnel d'égalité, le Conseil constitutionnel a considéré que « ... si le législateur peut prévoir des règles de procédure différentes selon les faits, les situations et les personnes auxquelles elles s'appliquent, c'est à la condition que les différences ne procèdent pas de distinctions injustifiées et que soient assurées aux justiciables des garanties égales ».

Au terme de la décision n° 2006-540 du 27 juillet 2006, le Conseil constitutionnel considère « qu'il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34 ; que le plein exercice de cette compétence, ainsi que l'objectif à valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques ; qu'il doit en effet prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi ».

Enfin, l'article 34 de la Constitution confie au seul législateur la fixation des règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques, la création de nouveaux ordres de juridictions, ainsi que la procédure pénale.

L'article 95, I, 17° de la loi ordinaire déferée donne à l'autorité réglementaire sur proposition des chefs de cour locaux, la possibilité de regrouper sur un seul tribunal judiciaire la compétence territoriale exercée sur une matière donnée par plusieurs juridictions situées dans le même département, voire dans deux départements distincts. La loi définit de manière extrêmement vague les matières concernées (« certaines matières civiles », « certains délits »), n'apporte que des limites très floues et peu contraignantes et laisse au pouvoir réglementaire une latitude d'appréciation considérable pour altérer localement les règles de compétence des juridictions, les règles de procédure pénale (les articles 43, 52, 382 et 522 du code de procédure pénal) et les conditions dans lesquelles seront garanties les libertés individuelles, en violation de l'article 34 de la Constitution. L'injonction faite au pouvoir réglementaire de « tenir

compte » du volume des contentieux dans ses choix n'est en rien une garantie effective, en l'absence de toute précision sur les conséquences à tirer des volumes en cause.

Surtout, les règles de compétence territoriale applicables à chaque contentieux pourront varier d'un département à l'autre mais aussi dans le temps, au gré des mutations des chefs de cour à qui revient l'initiative des altérations, sans aucune lisibilité pour le justiciable et le professionnel, qui n'auront aucun moyen fiable de déterminer par la seule connaissance de textes nationaux, quelles règles de compétence territoriale seront applicables à un contentieux donné, en un lieu donné du territoire, à un moment donné. Cette incertitude caractérise une violation des principes constitutionnels d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi. A ce titre, il convient de rappeler que les règles de procédure n'ont pas été adaptées à l'incertitude créée par la multitude de particularisme locaux que la loi ne manquera pas d'engendrer, et que l'erreur dans la juridiction saisie demeurera dans de nombreux contentieux sanctionnée par une irrecevabilité, au plus grand préjudice du justiciable, de la garantie de ses droits et de son droit à un recours juridictionnel effectif.

Enfin, cette disposition n'apporte aucune limite sérieuse à la possibilité donnée au pouvoir réglementaire d'instituer de manière arbitraire des inégalités territoriales dans l'accès à la justice, en violation du principe constitutionnel d'égalité devant la justice. En effet, parmi des justiciables dont la situation est identique, certains se verront privés de la possibilité de saisir la juridiction dont relève leur domicile par la seule décision du pouvoir réglementaire, sans que la loi n'encadre celui-ci par une quelconque limite tenant à l'absence de discrimination entre les territoires et à l'égal accès de tous à la justice.

Pour l'ensemble de ces raisons, l'article 95, I, 17° doit être censuré car contraire à la Constitution.

II – Dispositions relatives à la procédure civile

Violation du droit d'exercer un recours effectif devant les juridictions et du principe d'égalité devant le service public de la justice (articles 3 et 4 de la loi sur le préalable obligatoire de conciliation, médiation, procédure participative avant toute saisine du juge, lequel s'accompagne de la labellisation de systèmes privés de résolution des litiges)

L'article 3 de la loi prévoit d'étendre la tentative obligatoire de résolution amiable, actuellement prévue pour les litiges devant le tribunal d'instance, aux litiges portés devant le TGI portant sur des sommes inférieures à un montant à définir par décret et pour les conflits de voisinage. La tentative de résolution amiable consisterait, au choix

des parties, en une tentative de conciliation, de médiation ou de procédure participative, à défaut de laquelle la demande serait irrecevable. Quatre exceptions sont prévues : lorsque les parties sollicitent conjointement l'homologation d'un accord, lorsqu'un recours préalable obligatoire est prévu devant l'autorité ayant pris la décision, lorsque les parties peuvent justifier d'un motif légitime pour en être dispensées et lorsque le juge doit lui-même procéder à une tentative de conciliation.

Protégé à la fois par le droit constitutionnel et par les dispositions européennes, le droit à un recours effectif à un juge est fondamental, de sorte que la jurisprudence en la matière s'attache à ce que le préalable obligatoire de conciliation ou de médiation ne retarde pas de manière substantielle la saisine du juge, qu'il ne constitue pas une charge supplémentaire à supporter pour les parties, que la prescription des droits concernés soit suspendue pendant la phase amiable, que la procédure amiable n'aboutisse pas à une décision contraignante pour les parties, que la voie électronique ne soit pas l'unique moyen d'accès et que le prononcé de mesures urgentes demeure toujours possible (CJUE, 1ère chambre, 14 juin 2017, Menini et Rampanelli).

En outre, la CEDH impose que l'accès à un tribunal répondant aux conditions d'un procès équitable soit toujours possible, le recours à un mode alternatif de règlement des litiges ne pouvant pas priver le justiciable de l'accès à un juge.

Ainsi, l'ensemble des pays qui développent les modes alternatifs de règlement des différends (MARD) ont adopté une législation obligeant à se renseigner sur la médiation mais pas à y recourir. Seule une première séance, la plupart du temps informative, peut être imposée, la conciliation ou la médiation ne pouvant se poursuivre qu'avec l'accord des parties. Un choix par ailleurs empreint de bon sens puisque nul ne peut être contraint à se concilier et que le succès de telles mesures nécessite par définition l'adhésion de toutes les parties.

Si le recours à un conciliateur de justice est gratuit, ce n'est pas le cas ni des services de médiation, ni de la procédure participative. Seules les médiations familiales font l'objet d'un financement public partiel. La médiation est une activité libérale dont les tarifs horaires varient de 100 à plus de 500 euros. S'agissant de l'offre de résolution amiable des litiges en ligne, les prestations s'élèvent de 400 à plus de 14 000 euros selon la complexité de la matière, montant auquel peut s'ajouter un surcoût tenant au nombre de pièces produites, au recours à la visioconférence, à l'existence d'une demande reconventionnelle... Depuis 2016, une aide à la médiation permet la rétribution du médiateur et de l'avocat pour les personnes bénéficiant de l'aide juridictionnelle.

Le Syndicat de la magistrature partage le constat fait dans l'étude d'impact selon lequel le succès du dispositif « implique une accessibilité et une disponibilité des structures de conciliation ainsi qu'un financement de ces structures » mais déplore que cela ne soit « dans l'immédiat pas envisageable ». Ces dispositions sont symptomatiques de l'esprit de la loi : il s'agit de dissuader les parties de saisir directement le juge en leur imposant

le recours à un MARD qui ne pourra le plus souvent qu'être exercé par des services privés payants (cf. article 4 de la loi), au vu du très faible nombre de conciliateurs, dont il n'est prévu aucune augmentation à la hauteur des enjeux (100 conciliateurs supplémentaires par an sur 4 ans). Au final, faute de pouvoir saisir le juge sans recours à une procédure amiable, faute de pouvoir payer les services d'un médiateur et faute de conciliateurs en nombre suffisant c'est bien l'accès de tous à un juge qui est profondément entravé par ces dispositions. D'ailleurs, si l'étude d'impact ne chiffre pas les gains escomptés, c'est « une réduction significative de la durée des procédures et du nombre de contentieux portés devant le juge » qui est espérée, alors même que le nombre de contentieux susceptibles d'aboutir à un accord demeurera toujours résiduel.

Au regard de la législation et de la jurisprudence européennes, seule peut être imposée aux parties la participation à une réunion d'information sur les modes alternatifs de règlement, dispositif gratuit et qui manifeste une démarche de résolution amiable dont la poursuite ne peut être imposée pour quelque motif que ce soit. Nul ne doit être contraint à avoir recours à un mode alternatif de règlement des litiges payant. Le fait de prévoir que l'indisponibilité de conciliateurs de justice dans un délai raisonnable peut constituer un motif légitime retenu par le juge pour ne pas déclarer la demande irrecevable ne suffit pas à permettre un droit de recours effectif. Le principe posé est bien en effet celui du recours préalable à un mode de règlement amiable, et le risque de voir déclarer la demande irrecevable dissuadera de fait les justiciables de déposer leur demande sans passer par ce préalable. Ils seront de fait contraints de passer par les services de sociétés payantes, dans des conditions prévues par l'article 4 de la loi.

L'article 4 de la loi organise en effet la participation de services privés en ligne à des activités de conciliation, de médiation ou d'arbitrage, l'objectif affiché étant d'assurer au justiciable des garanties sur la qualité du service apporté. Cette ouverture à la concurrence du marché de la médiation est également une opportunité non avouée pour le ministère de la Justice de pallier le manque de conciliateurs et l'insuffisant financement public des associations de médiation pour répondre au préalable obligatoire de résolution amiable des litiges. D'ailleurs, l'option d'un service public en ligne de résolution amiable des différends a été écartée compte tenu des investissements nécessaires¹. Le besoin d'encadrement derrière lequel se pare le ministère ne se traduit nullement dans le texte, qui ne propose qu'un dispositif facultatif (la certification ne sera pas obligatoire).

Ces dispositifs de médiation en ligne intégreront potentiellement une analyse des données de jurisprudence (ou pour certaines *legal tech* une simulation de ce que déciderait un échantillon de 100 juges, fondée sur une étude « qualitative » des déterminants des décisions) et une appréciation, sur la base d'une analyse algorithmique, des chances de succès et/ou des montants susceptibles d'être alloués.

1 Etude d'impact du projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, p.34 et s.

2 Décision du Conseil constitutionnel n°96-373 DC du 9 avril 1996

Ces sociétés revendiqueront le secret sur les procédés employés au nom d'impératifs commerciaux : comment les particuliers pourraient-ils alors s'assurer de la fiabilité des analyses opérées ? Les expérimentations de « justice prédictive » menées dans les ressorts de la Cour d'appel de Rennes et de Douai ont pourtant clairement fait douter de la pertinence des outils proposés.

Les modalités de certification ainsi que l'organisme chargé d'y procéder ne sont pas précisés dans la loi et devront faire l'objet d'un décret, mais d'ores et déjà il est indiqué qu'elle sera opérée par un organisme privé, la création d'une commission de certification au sein du ministère de la Justice ayant été écartée, à nouveau pour des raisons budgétaires.

Dans cette disposition à nouveau, au nom d'une logique de rationnement budgétaire, le choix est fait de sacrifier la protection des droits, des données personnelles et de l'égalité des armes au détriment du des justiciables à un recours juridictionnel effectif. Le rôle de l'Etat dans le rétablissement de l'équilibre entre les parties et dans la protection de la partie la plus faible est sacrifié au nom de la productivité, de la simplicité et de la loi du marché, autrement dit, de la loi du plus fort.

Les articles 3 et 4 de la loi doivent donc être déclarés contraires à la Constitution en ce qu'il méconnaissent le droit reconnu par le Conseil constitutionnel d'exercer un recours effectif devant les juridictions², rattaché explicitement à l'idée de garantie des droits, telle qu'elle ressort de l'article 16 de la DDHC du 26 août 1789, et le principe d'égalité devant le service public de la justice découlant lui-même du principe d'égalité devant la loi.

Violation des principes de l'impartialité des juridictions et de l'égalité des justiciables devant la loi (article 7 concernant l'expérimentation d'une déjudiciarisation de la révision des pensions alimentaires)

Il est manifeste que l'objectif premier est d'éviter qu'un juge ait à connaître d'un contentieux, pourtant aujourd'hui traité gratuitement par les tribunaux. La modification de la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants, « alimentaire », ne mériterait ainsi pas le temps du juge, et ne relèverait pas de son office. Pourtant il s'agit d'une question de droit qui suppose en outre une appréciation de fait pour tenir compte de la situation économique de chacune des parties, de l'âge et du nombre d'enfants, de leur intérêt, de la situation familiale (famille recomposée, monoparentale...) En somme, il s'agit d'appliquer une loi générale à une situation particulière, qui ne souffre aucune barémisation. C'est bien là l'essence de l'office du juge.

2 Décision du Conseil constitutionnel n°96-373 DC du 9 avril 1996

Parce que les Caisses d'allocations familiales (CAF) ne disposent pas d'un statut garantissant leur indépendance, leur impartialité et leur compétence sur ce sujet précis, il est prévu que le montant de la contribution serait fixé au moyen d'un barème qui propose en l'état une valeur moyenne du coût relatif à l'enfant, faisant abstraction de son âge, de son rang dans la fratrie, du niveau de revenu de ses parents, et de toute forme de situation particulière (handicap, scolarisation spécifique...)³.

La déjudiciarisation de ce contentieux pose en outre un problème en matière de reconnaissance et d'exécution des décisions à l'étranger. En dehors de l'Union européenne aucune des conventions internationales auxquelles la France est partie, notamment la convention multilatérale des Nations-Unies du 20 juin 1956 sur le recouvrement des aliments à l'étranger, ne prévoit la reconnaissance des décisions rendues par une autorité non judiciaire. Ainsi le dispositif institue une rupture d'égalité entre les justiciables qui n'est pas admissible.

Enfin, le dispositif retenu place la caisse d'allocations familiales en situation de conflit d'intérêt, et donc de partialité, en lui demandant de statuer dans un litige auquel elle est par définition intéressée. En effet, en cas d'insuffisance des ressources du débiteur de la pension alimentaire le juge constate son impécuniosité. Néanmoins, dans l'intérêt de l'enfant, la CAF supplée le débiteur à hauteur de 90 euros par enfant, de même en cas de défaillance du débiteur condamné à verser une contribution alimentaire. Cet organisme est donc nécessairement intéressé à la fixation et à la modification d'une contribution dont elle peut être amenée à supporter elle-même le coût en tout ou partie.

De ce fait, l'article 7 de la loi est contraire aux principes d'impartialité des juridictions, qui a déjà conduit le Conseil constitutionnel à censurer les dispositions relatives à la composition des commissions départementales d'aide sociale⁴ et celles relatives à la Commission centrale d'aide sociale (CCAS)⁵. Il est aussi contraire au principe de l'égalité des justiciables devant la loi, en ce qu'il prévoit, au contraire de l'état actuel du droit, un dispositif privé de tout effectivité pour les justiciables faisant face à un débiteur établi hors de l'Union européenne.

Violation du droit d'exercer un recours effectif devant les juridictions et du principe d'égalité devant le service public de la justice (article 26 concernant le règlement des litiges sans audience et par la voie dématérialisée)

3 Etude d'impact du projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, p.60 et s.

4 Décision du Conseil constitutionnel n° 2010-110 QPC du 25 mars 2011

5 Décision du Conseil constitutionnel n° 2012-250 QPC du 8 juin 2012

L'article 13 de la loi prévoit que « devant le tribunal de grande instance, la procédure peut, à l'initiative des parties lorsqu'elles en sont expressément d'accord, se dérouler sans audience. En ce cas elle est exclusivement écrite ». Cette disposition vise l'ensemble des procédures, quel que soit le montant en cause, en l'état de la suppression, par le projet de loi organique, du tribunal d'instance. Il porte une grave atteinte au principe de l'oralité des débats, qui pourrait, pour des raisons « pratiques », disparaître progressivement.

L'alinéa suivant prévoit de faire un cas spécifique de certaines demandes : « les oppositions aux ordonnances portant injonction de payer statuant sur une demande initiale n'excédant pas un montant défini par décret en Conseil d'Etat et les demandes formées devant le tribunal de grande instance en paiement d'une somme n'excédant pas ce montant peuvent, à l'initiative des parties lorsqu'elles en sont expressément d'accord, être traitées dans le cadre d'une procédure dématérialisée. Dans ce cas la procédure se déroule sans audience ». Conformément à ce que proposait le rapport sur le chantier de la justice civile ce montant pourrait être fixé, dans un premier temps, à 5 000 euros. Le tribunal d'instance étant supprimé par le projet de loi organique, seule la procédure devant le tribunal de grande instance est visée. Néanmoins, s'agissant des litiges inférieurs à 5 000 euros, ce sont bien des litiges de la justice de proximité, actuellement dévolus au tribunal d'instance, dont il est question.

Selon le texte, le tribunal pourrait toutefois décider de tenir une audience si les preuves écrites ne sont pas suffisantes ou à la demande des parties. Mais s'il estime qu'une audience n'est pas nécessaire le tribunal pourra rejeter la demande d'audience d'une des parties par décision spécialement motivée. On imagine qu'il s'agit de l'hypothèse où l'une des parties, qui a initialement accepté la dématérialisation, changerait d'avis en cours de procédure.

Sur l'oralité de la procédure,

L'objectif du projet de loi est ostensiblement affiché dans l'étude d'impact qui l'accompagne. Ce qui est espéré de la possibilité de juger un litige sans audience est « une diminution du nombre d'audiences et par conséquent des économies en termes de temps de présence des magistrats et greffiers à l'audience ». Une réduction de l'occupation des salles d'audience et des besoins en espace de stockage physique des dossiers est également attendue et « d'ores et déjà prise en compte dans les principes architecturaux des nouveaux palais de justice ». En revanche, la qualité du service rendu au justiciable, l'amélioration de l'accueil et de l'écoute des justiciables ne sont nullement évoquées.

Pourtant, l'audience est essentielle à l'accès au droit et à la justice. Elle permet à n'importe quel justiciable, dans le cadre d'une procédure orale et sans représentation obligatoire, d'exposer son litige avec ses propres mots. L'office du juge est alors de

poser les questions utiles à la compréhension et à la qualification du litige, de faire respecter le principe de la contradiction, de tenter de concilier les parties et de rétablir l'équilibre entre des parties inégales notamment en soulevant d'office certains moyens de droit lorsque c'est possible.

Sur la dématérialisation

La nature régaliennne des fonctions judiciaires et les enjeux essentiels en termes d'égalité devant la loi nécessitent, au vu de la fracture numérique, une mise en œuvre raisonnée de la dématérialisation de la justice, les dispositions permettant d'y recourir ne devant pas être de nature, dans les faits, à fermer les autres voies d'accès à la justice. Le rapport du Défenseur des droits rendu le 14 janvier 2019⁶ souligne les risques et dérives induits par la transformation numérique des services publics. Le Défenseur des droits rappelle ainsi qu'il convient de conserver toujours plusieurs modalités d'accès aux services publics, de simplifier les démarches dématérialisées, et de prévoir un accompagnement des personnes en difficulté.

La loi ne pose pas les garanties nécessaires sur ces points. Le texte ne prohibe pas l'éventuelle introduction de mesures « incitatives », qui, pour les justiciables, auront concrètement un effet punitif (allongement des délais de jugement lorsque la voie papier est utilisée, conséquences éventuelles en matière de frais de justice ou d'exécution provisoire). Ces mesures qui relèvent de la compétence réglementaire pourraient être prévues dans un second temps, comme cela est envisagé par les rapporteurs du chantier relatif à la transformation numérique.

D'autre part, la loi ne pose aucune condition d'information des parties sur les conséquences de leur accord pour une procédure sans audience et dématérialisée, accord qui sera par définition exprimé sans avoir rencontré un juge. Le principal problème tient au fait que la dématérialisation renverse les responsabilités. Ce n'est plus au demandeur de transmettre ses conclusions mais au défendeur de se rendre sur la plateforme pour les consulter. Dans le cas prévu à l'article 212-5-2, si une des parties comprend trop tardivement les conséquences de son choix initial d'une procédure dématérialisée, et demande une audience, le tribunal pourra rejeter cette demande. Il doit être toujours possible pour une partie d'exiger en cours de procédure le recours à une « re-matérialisation » des actes (notamment dans l'hypothèse où une partie cesserait d'être représentée ou, même, de manière plus générale, des personnes pouvant, en cours de procédure, ne plus être en capacité d'exercer leur droit par la voie numérique, par exemple en cas de précarisation de leurs conditions d'existence).

6 Dématérialisation et inégalités d'accès aux services publics

La dématérialisation amplifie les inégalités liées à la maîtrise de l'écrit – et de l'écrit administratif – mais également liées à l'accès à l'outil numérique et à la connexion, les plus précaires se trouvant souvent dans des déserts numériques. L'information juridique, notamment délivrée par la plateforme *justice.fr* ne suffira pas, en outre, à assurer un niveau de connaissance suffisant pour choisir, seul devant son écran, une voie procédurale ou un fondement juridique ou pour solliciter une mesure d'instruction.

L'article 26 de la loi doit donc être déclaré contraire à la Constitution en ce qu'il méconnaît le droit reconnu par le Conseil constitutionnel d'exercer un recours effectif devant les juridictions⁷, rattaché explicitement à l'idée de garantie des droits, telle qu'elle ressort de l'article 16 de la DDHC du 26 août 1789, et le principe d'égalité devant le service public de la justice découlant lui-même du principe d'égalité devant la loi.

Violation du droit d'exercer un recours effectif devant les juridictions (article 27 concernant la création d'une juridiction nationale des injonctions de payer)

Le rapport sur le chantier de simplification de la procédure civile relève que le traitement des injonctions de payer est « très efficace », mais prétend le rendre « encore plus performant ». De la même manière, l'étude d'impact indique que la spécialisation d'une juridiction aux fins de traitement des requêtes en injonction de payer « a pour objectif un traitement plus efficace et rapide de ces requêtes. Il en est également attendu des économies d'échelle ». L'objectif de taylorisation de la production judiciaire dans une perspective uniquement gestionnaire est assumé.

La définition de la voie procédurale des injonctions de payer ainsi que ses objectifs, qui figurent dans l'étude d'impact, sont très éclairants. Selon la chancellerie l'injonction de payer « a pour objectif de concilier les droits du créancier au recouvrement de sa créance et ceux du débiteur qui n'a connaissance de cette volonté de recouvrement qu'au moment de la signification de l'ordonnance et qui ne peut donc faire valoir ses droits qu'après avoir reçu l'injonction ». Un droit à la contradiction différé, et même renversé, donc, puisqu'il appartiendra alors au débiteur de saisir le juge via l'opposition : c'est ce déséquilibre organisé entre le débiteur, le plus souvent particulier et le créancier, en général institutionnel, société de crédit ou compagnie d'assurance, que le ministère de la Justice veut favoriser, « fluidifier ».

Environ 500 000 requêtes en injonctions de payer sont déposées par an. Pour affirmer l'efficacité du dispositif, le ministère utilise un chiffre très contestable, puisqu'il se borne à constater un faible taux d'opposition (23 000 pour 500 000 injonctions de payer) sans même s'interroger sur le phénomène de non-recours que peuvent générer le caractère non contradictoire de la décision d'injonction de payer et la situation de précarité d'une part significative des débiteurs concernés. En effet, le défendeur n'est pas attiré au

7 Décision du Conseil constitutionnel n°96-373 DC du 9 avril 1996

procès : il doit lui-même initier une démarche, l'opposition, dans un délai contraint d'un mois.

Le projet est de confier à cinq magistrats le « pilotage » national (organisation et « indications jurisprudentielles ») de ce qui serait une chambre spécialisée d'un tribunal de grande instance désigné par décret. Le traitement effectif des injonctions de payer serait confié à vingt à vingt-cinq greffiers, via une délégation de signature mais sans aucune modification de leur statut, alors même qu'ils seront clairement chargés de la prise de décisions juridictionnelles.

Loin d'être une simplification, seul argument avancé à cette création, la procédure mise en œuvre sera parfaitement kafkaïenne pour le justiciable : l'injonction de payer est une procédure non contradictoire, la procédure sera intégralement dématérialisée sans que l'on sache comment la signification de la décision se fera – elle ne pourra pas être faite par voie électronique faute de consentement préalable du défendeur à l'injonction –, l'opposition devra être formée, selon qu'elle tend à la contestation de l'injonction ou exclusivement à l'octroi de délais de paiement, soit devant la juridiction territorialement compétente, soit devant la juridiction nationale.

La compétence nationale d'une juridiction spécialisée dans le traitement de ce contentieux ne se justifie en aucune manière. Les arguments classiques d'une compétence nationale (complexité, contentieux sériel qui perdrait en efficacité via un traitement local, nécessité d'harmonisation), au demeurant contestables, ne s'appliquent pas ici. Il convient de rappeler que la compétence territoriale (domicile du défendeur) est destinée à faciliter l'opposition à l'issue d'une procédure non contradictoire. Des études ont d'ailleurs démontré que l'éloignement du tribunal compétent a un impact sur le taux de recours, moins fréquent plus le défendeur est éloigné du tribunal.

Il est impossible que cinq magistrats et une vingtaine de greffiers absorbent les 500 000 injonctions de payer, sauf à rogner sur les modes de traitement, avec le risque évident de les « valider » sans les examiner. Or, aujourd'hui, les juges d'instance exercent un contrôle très strict : ils vérifient que le contrat respecte le code de la consommation, recherchent la forclusion, prononcent des déchéances du droit aux intérêts et recalculent les sommes dues. La juridiction nationale ne sera matériellement pas en mesure de réaliser cet examen. Cette création constitue un amoindrissement considérable de l'office du juge s'agissant de garantir un ordre public de protection et de rétablir les équilibres sociaux. En matière de droit de la consommation des jurisprudences novatrices et protectrices de la partie la plus faible ont émergé à l'initiative de quelques magistrats et à la faveur de situations individuelles le permettant. En fait de « juridiction », il n'est question que d'un distributeur automatique de titres exécutoires, mis au service des établissements de crédit et des compagnies d'assurance.

En outre, le caractère entièrement dématérialisé et l'éloignement géographique constituent un obstacle à l'accès au juge et à l'effectivité du recours. Alors que la procédure n'est pas contradictoire, il n'est pas légitime d'en envisager une dématérialisation totale sur la base de la saisine numérique du demandeur.

Cette disposition est contestable au regard du droit à un recours effectif garanti par l'article 16 de la Déclaration de droits de l'Homme de 1789. Les modalités selon lesquelles l'opposition pourra être formée devant la juridiction nationale ne sont pas précisées par le texte.

Violation du principe d'égalité des justiciables devant la loi et de la nécessaire protection des personnes vulnérables (art 30 concernant l'établissement des comptes de gestion des majeurs protégés)

L'article 30 de la loi prévoit notamment de modifier l'article 512 du Code civil relatif aux majeurs protégés, en ce sens que les comptes de gestion sont vérifiés et approuvés par le subrogé tuteur, ou bien le conseil de famille. Cet article prévoit également, lorsque l'importance et la composition du patrimoine de la personne protégée le justifient, ou lorsqu'il n'a pas été désigné de subrogé-tuteur, co-tuteur, tuteur adjoint ou conseil de famille, la désignation d'un professionnel qualifié chargé de la vérification et de l'approbation des comptes dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État.

Il est vrai que les directeurs de greffe ne sont actuellement pas mis en mesure, du fait de leur maintien dans une situation de pénurie et de sous-effectif, d'exercer cette mission et que cela a pu occasionner à plusieurs reprises l'engagement de la responsabilité de l'Etat pour défaut de contrôle des comptes des majeurs protégés.

Toutefois, la réponse apportée par la loi à ce dysfonctionnement est à nouveau une réponse purement gestionnaire, visant à externaliser la vérification des comptes de gestion, auparavant confiée aux directeurs de greffe des services judiciaires, au profit d'acteurs privés et ce au détriment de la protection des personnes vulnérables. L'abandon de ses missions essentielles par l'Etat pour un motif purement économique est ici flagrant.

Il convient à titre liminaire de préciser que dans la majorité des pays européens le juge demeure à titre principal chargé du contrôle des comptes. Dans tous les pays ce contrôle est opéré par un agent public, il est même parfois approfondi et effectué par plusieurs acteurs, notamment un expert-comptable ou une agence nationale dont le juge ou le greffier s'adjoint les services. Les nouvelles dispositions de la loi vont donc à rebours de ce que prévoient l'ensemble des Etats européens et des principes fondamentaux qui doivent guider la protection des personnes vulnérables.

Les conséquences de ces dispositions seront de plusieurs ordres pour les majeurs protégés.

En premier lieu, cela signifie qu'il est mis fin à la gratuité de la vérification des comptes de gestion qui devient payante, son coût étant mis à la charge de la personne protégée, et ce alors même qu'il s'agit d'un public vulnérable dont les ressources peuvent être très faibles (près de 40% des majeurs protégés perçoivent moins de mille euros par mois). La possibilité prévue à l'article 513 du Code civil de dispense d'établissement des comptes de gestion lorsque la modicité du patrimoine le justifie n'apparaît pas de nature à rassurer puisqu'elle sera nécessairement utilisée pour des patrimoines plus importants qu'auparavant, compte tenu du coup de la vérification des comptes par un acteur privé. De même, la vérification des comptes par le subrogé tuteur ou le conseil de famille lorsqu'il en existe un ne suffit pas à prémunir le majeur protégé contre les abus. Il est possible qu'une entente entre le subrogé tuteur et le tuteur ne traduise pas une réelle vérification des comptes, voire qu'ils s'entendent pour spolier le majeur protégé, ou à l'inverse qu'une mésentente conduise à ce que les comptes ne soient jamais considérés comme vérifiés ce qui n'est pas non plus satisfaisant.

En second lieu, la vérification des comptes de gestion par des organismes privés et ce alors-même que le législateur n'a prévu aucun encadrement de la nature et de la tarification de la vérification opérée ni ne s'est assuré de la présence de tels acteurs sur l'ensemble du territoire conduira nécessairement à une rupture d'égalité, tant géographique que sur la qualité du contrôle. Le risque est notamment très grand que certains organismes, par souci de rapidité et de gain sur les coûts, n'effectuent qu'un contrôle de cohérence globale des comptes et non pas une réelle vérification. Les modalités de vérification des comptes de gestion peuvent en effet être très variables, de l'analyse de chaque dépense, dans sa réalité et sa nécessité « ligne par ligne » à un contrôle global de cohérence par comparaison entre le solde au début et à la fin d'un exercice. Cette dernière modalité plus rapide ne permet pas de se prémunir contre des abus, ce qui est pourtant le but de la vérification des comptes de gestion des majeurs protégés.

Par exemple, un tuteur qui déclarerait une dépense de 12000 euros de loyer par an, qui apparaît sur les relevés de compte, satisferait au contrôle de cohérence quand bien même ces 1000 euros mensuels seraient versés sur un autre compte que celui du bailleur. Certes, un tel procédé finirait par être révélé par l'engagement d'une procédure mais le délai avant la révélation de cet abus entraîne le risque d'une expulsion et une sanction a posteriori n'est évidemment pas satisfaisante pour garantir les droits des personnes protégées.

Pour l'ensemble de ces raisons, l'article 30 de la loi doit être considéré inconstitutionnel en ce qu'il viole le principe d'égalité devant la loi ainsi que le

principe de protection des personnes vulnérables, qui se déduit du principe de dignité de la personne humaine.

III – Dispositions relatives à la procédure pénale

Violation de l'obligation constitutionnelle d'un contrôle direct et effectif de l'autorité judiciaire sur l'enquête judiciaire et sur les atteintes aux libertés individuelles (article 66 de la Constitution) ; violation du droit au respect de la vie privée et de l'inviolabilité du domicile (article 2 de la DDH) ; méconnaissance par le législateur de sa compétence (article 34 de la Constitution)

L'article 66 de la Constitution dispose que « l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi ».

Au terme de jurisprudence du Conseil constitutionnel, ce rôle de gardienne des libertés confié à l'autorité judiciaire impose également que celle-ci soit en mesure d'exercer un contrôle « direct et effectif » sur « les officiers de police judiciaire chargés d'exercer les pouvoirs d'enquête judiciaire et de mettre en œuvre les mesures de contrainte nécessaires à leur réalisation » (décision n° 2011-625 DC du 10 mars 2011).

Par ailleurs, la liberté proclamée par l'article 2 de la Déclaration de 1789 implique le droit au respect de la vie privée, en particulier l'inviolabilité du domicile (décision n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007, décision n° 2016-600 QPC du 2 décembre 2016). Il appartient au législateur, en vertu de l'article 34 de la Constitution, de fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques et d'assurer à ce titre la conciliation entre le respect de la vie privée et d'autres exigences constitutionnelles liées notamment à la recherche des auteurs d'infractions (décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004 ; décision n° 2011-209 QPC du 17 janvier 2012).

De nombreuses dispositions de la loi portent des atteintes importantes à la réalité du contrôle que doit exercer l'autorité judiciaire sur les actes des officiers et agents de police judiciaire, au seul motif d'économies budgétaires dérisoires et/ou en raison d'une complaisance manifeste envers les revendications catégorielles des services de police, et apparaissent par conséquent inconstitutionnelles au regard des textes et principes précités :

- Habilitation unique et définitive des officiers de police judiciaire (art 47, I).
La mise en place d'une habilitation unique en qualité d'officier de police judiciaire, qui serait délivrée de manière définitive au moment de l'entrée en fonctions aurait pour effet de retirer à l'autorité judiciaire l'une de ses

principales modalités de contrôle et de surveillance des personnels en charge des missions de police judiciaire. Cette disposition renforcerait encore le poids déjà largement disproportionné de la hiérarchie administrative sur les missions de police judiciaire, qui entrave l'effectivité du contrôle de l'autorité judiciaire et priverait de l'essentiel de sa réalité le contrôle de l'autorité judiciaire sur les personnes auxquelles sont confiées des missions de police judiciaire, en violation du contrôle « direct et effectif » exigé par la constitution.

- Extension des pouvoirs des agents de police judiciaire (art 47, IV, V et VII, art 33, III). Alors que l'officier de police judiciaire est un professionnel spécifiquement formé et dûment habilité par l'autorité judiciaire, l'agent de police judiciaire se caractérise à l'inverse, au terme de l'article 20 CPP, par son absence de formation et d'habilitation *ad hoc*. Pour indication, les élèves-gendarmes et les policiers stagiaires, notamment, sont des agents de police judiciaire.

La disposition donne aux agents de police judiciaire un pouvoir étendu de réquisitions. Alors que le IV et le V prévoient que les agents de police judiciaire agiraient sous le contrôle d'un officier de police judiciaire dans le cadre de l'enquête de flagrance, le VII va jusqu'à leur conférer un pouvoir autonome en enquête préliminaire. Ces dispositions, qui confèrent le pouvoir d'ordonner des actes d'enquête intrusifs (examens médicaux, communication de documents bancaires ou de facturations détaillées téléphoniques...) à des personnels non contrôlés ni habilités par l'autorité judiciaire constituent une violation flagrante du contrôle direct et effectif exigé au titre de l'article 66 de la Constitution.

Dans la même logique, le texte prévoit dans son article 51, IV la possibilité pour les agents de police judiciaire de décider des contrôles d'alcoolémie et d'usage de stupéfiants sur les conducteurs de véhicules, acte en l'état réservé au procureur de la République et aux officiers de police judiciaire, dont les agents de police judiciaire ne peuvent aujourd'hui assurer que l'exécution. Conférer l'initiative de telles mesures à des personnels non contrôlés par l'autorité judiciaire constitue une violation de l'exigence d'un contrôle direct et effectif de l'autorité judiciaire, exigé au titre de l'article 66 de la Constitution.

- Déplacement des officiers de police judiciaire (art 47, II). Alors que la réalisation d'actes d'enquête sur l'ensemble du territoire national nécessite aujourd'hui une autorisation du procureur de la République ou du juge d'instruction, le projet de loi prévoit de se contenter d'une simple information. Cette disposition n'apportera aucune simplification ni aucun allègement véritable, un contact spécifique préalable entre l'enquêteur et le magistrat demeurant nécessaire. Elle n'a pas d'autre objet que

l'affaiblissement du contrôle de l'autorité judiciaire sur l'enquête, considéré comme un objectif en tant que tel, et constitue par conséquent une violation de l'article 66 de la Constitution.

- Prolongation de garde à vue (art 48, I). Alors que la prolongation de la garde à vue au-delà de 24 heures implique jusqu'ici une présentation de la personne devant le magistrat, sauf dérogation à titre exceptionnel, le texte renverse ce principe et prévoit que la personne ne serait présentée au magistrat que sur demande expresse de celui-ci.

La présentation au magistrat est pourtant une modalité importante du contrôle de la garde à vue par l'autorité judiciaire et une garantie du respect de la liberté individuelle. Elle est notamment l'occasion pour la personne gardée à vue de signaler à l'autorité judiciaire des difficultés, doléances ou incidents, et pour le magistrat de contrôler concrètement les conditions d'exercice de la mesure. En l'absence d'un tel contact direct avec la personne gardée à vue, la prolongation s'opère sur la seule foi des éléments communiqués par les services enquêteurs.

Le renversement de principe opéré par le texte, qui intervient dans un contexte où services enquêteurs et services judiciaires sont confrontés à une importante pénurie de moyens et sacrifient massivement les tâches non obligatoires, conduirait immanquablement à une disparition de fait de cet indispensable modalité de contrôle par l'autorité judiciaire de la prolongation de la privation de liberté pour une durée complémentaire de 24 heures.

- Extension du domaine de l'enquête de flagrance (art 49, I). Le régime de l'enquête de flagrance confère aux enquêteurs, un pouvoir étendu permettant la réalisation de mesures attentatoires à la liberté individuelle dans un cadre juridique beaucoup moins contrôlé (arrestation sans autorisation judiciaire préalable, possibilité de perquisition sans autorisation judiciaire préalable et sans assentiment de la personne concernée, émission de réquisitions sans autorisation judiciaire préalable...) lorsqu'un crime ou un délit est constaté dans un temps très voisin de l'action.

Cet amoindrissement du contrôle de l'autorité judiciaire sur les mesures attentatoires à la liberté individuelle, et notamment à l'inviolabilité du domicile privé, doit être très strictement cantonné et proportionné à ce qu'exige l'urgence.

Or, le texte étend à 16 jours la durée de la flagrance lorsque la procédure porte sur un crime de droit commun ou sur une infraction prévue par les articles 706-73 et 706-73-1 CPP, donnant notamment aux enquêteurs le pouvoir de procéder à des perquisitions sans assentiment de la personne sans autorisation ni information de l'autorité judiciaire pendant un délai dont la longueur exclut toute notion d'urgence.

En outre, il étend la possibilité de prolongation de la flagrance en matière de droit commun à tous les délits punis de 3 ans d'emprisonnement soit de fait, à l'essentiel de la masse de la délinquance de droit commun hors délinquance routière.

Cette extension des possibilités d'atteintes à la liberté individuelle sans contrôle préalable de l'autorité judiciaire, en dehors de toute notion d'urgence et à des infractions y compris d'une gravité très relative, est contraire à l'article 66 de la Constitution.

- Extension du pouvoir de perquisition sans assentiment en enquête préliminaire (art 49, II et V). Le texte étend le périmètre des autorisations de perquisitions sans assentiment en enquête préliminaire à tous les délits punis de 3 ans d'emprisonnement au moins.

Cette généralisation porte une atteinte totalement disproportionnée à l'inviolabilité du domicile privé, composante essentielle de la liberté individuelle constitutionnellement protégée. En effet, dans sa décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, le Conseil constitutionnel, pour considérer comme conforme à la Constitution le principe des perquisitions sans assentiment en enquête préliminaire, avait notamment relevé que celles-ci ne seraient applicables qu'aux délits punis de 5 ans d'emprisonnement au moins. Cet équilibre déjà très fragile est rompu par l'extension du dispositif à l'ensemble des infractions pour lesquelles une peine de 3 ans d'emprisonnement est encourues soit, de fait, la quasi-intégralité de la masse de la délinquance de droit commun, à l'exception de la délinquance routière. La disposition porte par conséquent une atteinte disproportionnée à la liberté individuelle et au droit au respect de la vie privée et du domicile, et doit être déclarée inconstitutionnelle.

Par ailleurs, en n'exigeant du juge des libertés et de la détention aucune motivation particulière sur la proportionnalité entre l'atteinte portée à l'inviolabilité du domicile privé d'une part et la gravité des faits et les nécessités de l'enquête d'autre part, la loi n'apporte pas une garantie suffisante au regard de la protection de la liberté individuelle.

Enfin, dans son avis sur le projet de loi, le Conseil d'État avait relevé que le dispositif de l'article 76 CPP privait la personne perquisitionnée mais non poursuivie dans l'immédiat de tout recours juridictionnel effectif, en contradiction avec les exigences constitutionnelles (décisions n° 2013-357 QPC du 29 novembre 2013 et n° 2014-387 QPC du 4 avril 2014). Néanmoins, le recours prévu apparaît très artificiel et essentiellement formel. En ne fondant ce recours que sur une question de régularité procédurale, le texte élude toute question tenant à la proportionnalité ou à la nécessité de la perquisition, et donc au contrôle effectif de ces mesures.

- Extension des techniques spéciales d'enquête (art 46). La création d'un régime commun des techniques spéciales d'enquête est le prétexte à un alignement sur le niveau de protection le plus bas, et la simplification est le prétexte à une réduction des garanties et à une extension des régimes dérogatoires. Alors que le recours à ces techniques d'enquête devrait être exceptionnel et strictement encadré, le projet de loi entend procéder à l'inverse à une banalisation de ces techniques et à un affaiblissement de leur cadre juridique pourtant déjà permissif.

Le recours à l'IMSI-catcher et à la sonorisation, mesures particulièrement invasives et attentatoires à la vie privée – y compris à celle de tiers non concernés par l'enquête –, avait été soumis par la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 à des limitations de durée déjà particulièrement longues (2 mois renouvelables dans une limite de 6 mois pour l'IMSI-catcher et 2 mois renouvelables dans une limite de 2 ans pour la sonorisation). Le projet de loi aligne les conditions de durée de ces deux mesures sur le régime encore plus permissif de la captation de données informatiques (4 mois renouvelables dans une limite de 2 ans).

L'élargissement des techniques spéciales d'enquête à tous les crimes, hors de toute notion de bande organisée ou de délinquance complexe, procède de la même logique de banalisation. Ces dispositifs n'ont été introduits qu'à titre exceptionnel et dérogatoire, le Conseil constitutionnel (décisions n° 2004-492 DC du 2 mars 2004 et n° 2013-679 DC du 4 décembre 2013, notamment) ne les ayant validés qu'au motif qu'ils étaient rendus nécessaires par la grande complexité des crimes et délits concernés (existence de réseaux structurés agissant avec prudence et recourant à des moyens professionnels...). Il ne peut pas être sérieusement soutenu que l'enquête portant sur des crimes de droit commun dépourvus de toute dimension de bande organisée caractériserait les mêmes nécessités. L'hypothèse du Conseil d'État, selon laquelle la particulière gravité intrinsèque des crimes justifierait à elle-seule cette extension, n'est ni étayée ni fondée, et entre en contradiction avec la jurisprudence du Conseil constitutionnel, qui fait de la complexité des faits et des enquêtes concernées le critère nécessaire rendant admissibles des techniques d'enquête à ce point attentatoires à la protection de la vie privée.

L'extension non maîtrisée du périmètre et de la durée des techniques spéciales d'enquête par l'article 29 du texte constitue une atteinte totalement excessive au droit constitutionnellement garanti à la protection de la vie privée.

- Généralisation des interceptions téléphoniques en enquête préliminaire ou de flagrance (art 44). La possibilité d'interceptions téléphoniques dans le cadre de l'enquête préliminaire ou de flagrance a été introduite par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, étendue par la loi n° 2013-1117 du 6 décembre

2013, et réservée à une liste déterminée d'infractions spécifiquement caractérisées par leur complexité. Alors que le principe demeure selon lequel les interceptions téléphoniques doivent être suivies dans le cadre plus protecteur de l'information judiciaire, le Conseil constitutionnel a estimé que l'atteinte portée au secret de la vie privée n'était admissible qu'en raison d'un champ d'application strictement réduit à des infractions d'une particulière complexité, de la durée réduite des interceptions et du contrôle opéré par le juge des libertés et de la détention (décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004).

Le caractère dérogatoire de cette procédure doit être rappelé. En effet, le contrôle opéré par le juge des libertés et de la détention est très loin de présenter les mêmes garanties que le contrôle réalisé par le juge d'instruction dans le cadre de l'information. Contrairement à celui-ci, le juge des libertés et de la détention n'assure pas un suivi continu de l'enquête, ne dispose pas nécessairement de l'entier dossier de la procédure, ne peut pas donner d'instructions sur les orientations de l'enquête, ne peut pas interrompre une écoute en cours, et ne réalise qu'un contrôle *a posteriori*, formel et sans portée effective. En l'état du droit applicable et de l'organisation des services judiciaire, le contrôle du juge des libertés et de la détention n'est trop souvent qu'une garantie purement formelle.

Alors que l'économie générale de ce dispositif devrait conduire le législateur à s'interroger sur son maintien, ou à tout le moins à contrôler plus strictement son utilisation, le texte banalise à l'inverse les interceptions téléphoniques en enquête préliminaire ou de flagrance et les rend applicables à la quasi-totalité des crimes et délits, dans les mêmes conditions que les interceptions réalisées dans le cadre de l'information judiciaire. Le seuil retenu de 3 ans d'emprisonnement encourus inclut la quasi-totalité de la masse des délits de droit commun, à l'exception des infractions routières, des dégradations légères et des délits d'outrage et de rébellion. Cet alignement des conditions des interceptions en enquête préliminaire ou de flagrance sur le droit commun des interceptions téléphoniques réalisées dans le cadre de l'information judiciaire est une négation du caractère dérogatoire auquel était subordonnée la constitutionnalité du dispositif par la décision n° 2004-492 du Conseil constitutionnel en date du 2 mars 2004, et un recul net et contraire à la Constitution de l'effectivité du contrôle de l'autorité judiciaire sur des mesures attentatoires au secret de la vie privée, composante de la liberté individuelle. Par ailleurs, à l'instar de ce qui est retenu en matière de visites domiciliaires (décisions n° 2013-357 QPC du 29 novembre 2013 et n° 2014-387 QPC du 4 avril 2014), le droit au respect de la vie privée impose que la personne dont l'appareil ou la connexion a été placée sous surveillance puisse contester cette mesure par un recours approprié. La solution est déjà retenue en droit européen (CEDH, *Versini Campinchi et Crasniansky c.*

France, n° 49167/11, § 61 ; 29 juin 2016, n° 3324/12, *Terrazzoni c. France*, § 57) et s'impose impérativement au regard du nombre de personnes qui seraient concernées par les nouvelles dispositions critiquées. En ne prévoyant pas un tel recours, le législateur a entaché ces dispositions d'incompétence négative.

- Possibilité d'interceptions téléphoniques et de techniques spéciales d'enquête sans autorisation préalable d'un magistrat du siège (art 44, II et 46, III). La possibilité donnée par le texte au procureur de la République, agissant en enquête préliminaire ou de flagrance, d'autoriser de sa seule initiative une écoute téléphonique ou une technique spéciale d'enquête pour une durée de 24 heures en cas d'urgence, conduit à la mise en place d'une mesure d'enquête très intrusive et attentatoire au secret de la vie privée, sans autorisation préalable par un magistrat du siège indépendant. Elle ne répond par ailleurs à aucune nécessité opérationnelle. En effet, les juges des libertés et de la détention sont aujourd'hui soumis à des astreintes de nuit et de week-end indemnisées et sont par conséquent tout aussi à même de donner des autorisations en urgence que les parquets, *a fortiori* s'agissant d'hypothèses qui devraient avoir vocation à demeurer tout à fait exceptionnelles.

En outre, la validation du juge des libertés et de la détention *a posteriori* prévu par le texte est une garantie dépourvue d'effectivité, en ce qu'elle n'empêcherait pas un parquet de multiplier sans contrôle ni limite des mesures « exploratoires » de moins de 24 heures, de ne donner une suite procédurale, et donc de ne soumettre au contrôle du juge des libertés et de la détention, que les procédures ayant mis en évidence des éléments judiciairement exploitables. En outre, l'annulation des procès-verbaux et la destruction des enregistrements dans le cas où le juge des libertés et de la détention ne délivrerait pas son autorisation n'enlève rien à la prise de connaissance par les officiers ou agents de police judiciaire d'informations couvertes par le secret de la vie privée.

Le parallèle éventuel avec la décision du Conseil constitutionnel n° 2014-693 DC du 25 mars 2014, qui validait le recours à un système similaire en matière de géolocalisation, apparaît particulièrement hasardeux, tant il méconnaît la différence importante de niveau d'ingérence entre la géolocalisation et les mesures ici concernées, et tant il fait abstraction du critère de proportionnalité pourtant explicitement mentionné dans la décision. En outre, il n'est certainement pas neutre de relever que cette décision avait été prise par le Conseil constitutionnel à une époque où les juges des libertés et de la détention n'étaient pas encore soumis à une astreinte de nuit.

Cette dérogation porte une atteinte excessive à l'exigence d'un contrôle de l'autorité judiciaire sur les mesures d'interception téléphonique et autres

techniques spéciales d'enquête, étant observé que dans sa décision n° 2004-492 du 2 mars 2004, le Conseil constitutionnel avait fait de l'intervention préalable du juge des libertés et de la détention, magistrat du siège indépendant, une condition de la constitutionnalité des écoutes téléphoniques en enquête préliminaire ou de flagrance.

- Prolongation des interceptions téléphoniques et techniques spéciales d'enquête à la seule initiative du procureur de la République (art 53, I). Le texte étend à toutes les matières les possibilités de poursuite des interceptions et techniques spéciales d'enquête en cours au moment de l'ouverture d'information, introduites en matière de terrorisme par la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 (art 706-20-4 CPP).

Si cette banalisation de dispositifs dérogatoires est très critiquable en opportunité, elle ne semble pas en elle-même poser de difficultés constitutionnelles, le juge d'instruction étant immédiatement et expressément informé des mesures concernées et étant en mesure d'y mettre fin.

Néanmoins, la formulation du texte (« le procureur de la République peut (...) autoriser les officiers et agents de police judiciaire (...) à poursuivre les opérations (...) pendant une durée ne pouvant excéder quarante-huit heures à compter de la délivrance du réquisitoire introductif ») laisse penser que l'intervention du réquisitoire introductif pris par le procureur de la République pourrait prolonger la mesure au-delà du terme prévu par l'autorisation du juge des libertés et de la détention. Or, il n'est pas envisageable, au regard des exigences de l'article 66 de la Constitution, de permettre au procureur de la République de prolonger de sa seule initiative, sans intervention d'un juge du siège, des mesures particulièrement attentatoires aux libertés individuelles. Si la disposition n'apparaît pas inconstitutionnelle en elle-même, une réserve d'interprétation semble indispensable afin de préciser qu'elle ne saurait en aucun cas conférer au parquet le pouvoir d'outrepasser dans le temps l'autorisation donnée par un magistrat du siège, condition de la constitutionnalité des techniques concernées.

- Pouvoir de réquisition sans autorisation judiciaire en enquête préliminaire (art 47, VI). Le texte modifie l'article 77-1-1 CPP pour supprimer toute nécessité d'une autorisation d'un magistrat lorsque le coût de l'obtention des informations demandées n'excède pas un seuil fixé par voie réglementaire. Ce texte, combiné à l'article 47, VII du projet de loi permettrait à un simple policier stagiaire, agissant en enquête préliminaire et par conséquent hors de toute notion d'urgence, sans contrôle de quiconque et sans nécessité d'informer quiconque, d'obtenir par voie de réquisition des informations particulièrement sensibles sur des particuliers

(renseignements patrimoniaux détenus par l'administration fiscale, renseignements médicaux détenus par la caisse primaire d'assurance maladie, renseignements familiaux détenus par la caisse d'allocations familiales, relevés de comptes bancaires...), au mépris du respect de la vie privée, composante à part entière de la liberté individuelle au terme de la jurisprudence du Conseil constitutionnel (décision n° 94-352 du 18 janvier 1995).

Cette disposition est révélatrice de l'inconscient de ce projet de loi. En effet, en supprimant tout contrôle du parquet sur les réquisitions qui n'occasionnent pas de coût significatif pour les finances publiques, le texte semble considérer que l'autorité judiciaire, pourtant gardienne de la liberté individuelle au terme de l'article 66 de la Constitution, n'aurait rien de plus important à protéger que les deniers publics. Ou que la liberté individuelle ne mériterait protection que contre les atteintes représentant un coût pour les finances publiques.

Il est par ailleurs intéressant de noter que l'étude d'impact estime que cette modification autorisant les enquêteurs à émettre sans limite, sans contrôle et sans information de l'autorité judiciaire des réquisitions de faible coût entraînerait vraisemblablement une hausse des frais justice, assumant donc clairement que le texte conduira à la réalisation d'actes d'enquête intrusifs et attentatoires à la liberté individuelle qui ne sont aujourd'hui pas autorisés par l'autorité judiciaire.

Si les conditions matérielles du contrôle des parquets sur les réquisitions de l'article 77-1-1 CPP sont aujourd'hui trop souvent insatisfaisantes, la suppression de principe de tout contrôle de l'autorité judiciaire constitue un manquement grave à l'exigence constitutionnelle d'un contrôle direct et effectif de l'autorité judiciaire sur l'enquête judiciaire. Toute analogie avec les dispositions de l'article 60-1 CPP prévoyant des possibilités analogues en matière de flagrance doit être écartée, toute notion d'urgence, motif justifiant un contrôle moindre en matière de flagrance, étant par définition absente en matière d'enquête préliminaire.

- Possibilité pour les agents chargés de faire comparaître une personne soupçonnée par la force publique d'entrer dans les domiciles où cette dernière est susceptible de se trouver (art. 49, III). Les dispositions de la loi permettent aux agents chargés de procéder à la comparution par la force publique d'une personne contre laquelle il existe des raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit puni de trois d'emprisonnement, munis d'une autorisation délivrée à cette fin par le procureur de la République, d'entrer dans les domiciles où cette personne est susceptible de se trouver. Elles méconnaissent l'article 34 de la Constitution ainsi que l'article 2 de la DDH dont découlent le droit au respect de la vie privée et l'inviolabilité du domicile, en tant qu'elles n'imposent

aucune autorisation préalable d'un juge. En effet, compte tenu de la gravité de l'atteinte au domicile que constitue l'emploi de la force publique au sein d'un domicile (qui a concrètement lieu dans des conditions très brutales), l'autorisation préalable délivrée par le procureur de la République est insuffisante pour permettre de regarder cette mesure comme étant placée sous le contrôle de l'autorité judiciaire, comme l'exige le Conseil constitutionnel en matière de visites domiciliaires réalisées dans le cadre de missions de police judiciaire. Telle est d'ailleurs l'analyse de la Cour de cassation (Cass. Crim., 22 février 2017, pourvoi n° 16-82412 : « une telle atteinte à la vie privée ne pouvant résulter que de dispositions légales spécifiques confiant à un juge le soin d'en apprécier préalablement la nécessité »).

- Assignation à résidence sous surveillance électronique (art 54, VII, 2°). Le texte ajoute un alinéa à l'article 142-7 CPP, pour prévoir que la personne placée sous assignation à résidence sous surveillance électronique et renvoyée devant le tribunal correctionnel ou la cour d'assises restera sous ce régime sans nouvelle intervention judiciaire jusqu'à sa comparution devant la juridiction de jugement, dans la limite d'une durée totale d'assignation de deux ans.

Cette disposition peut conduire une personne libérée sous assignation à résidence sous surveillance électronique peu avant l'ordonnance de règlement à demeurer sous ce régime extrêmement attentatoire à sa liberté individuelle pendant près de deux ans sans que la loi ne prévoie un réexamen ou un renouvellement impératif par l'autorité judiciaire.

Une atteinte de cette intensité à la liberté individuelle, sur une telle durée, concernant une personne par définition toujours présumée innocente, sans aucune intervention judiciaire impérative, constitue une violation majeure de l'article 66 de la Constitution. La possibilité donnée à la personne suffisamment informée et apte à défendre ses droits de former de sa propre initiative une demande de mainlevée de la mesure ne constitue en aucun cas une garantie suffisante.

- La procédure de comparution à délai différé (art. 60, II, III, V et VII). La procédure de comparution à délai différé permet au procureur de la République, lorsque que l'affaire n'est pas en état d'être jugée selon la procédure de comparution immédiate parce que n'ont pas été encore obtenus des résultats de réquisitions, d'exams techniques ou médicaux déjà sollicités, de présenter la personne poursuivie devant le juge des libertés et de la détention afin de que ce dernier prescrive une mesure coercitive (contrôle judiciaire, assignation à résidence avec surveillance électronique ou détention provisoire lorsque la peine encourue est supérieure à trois ans) par une ordonnance qui saisit le tribunal. Destinée à

éviter l'ouverture d'informations judiciaires aux seules fins d'ordonner un placement en détention provisoire dans les affaires dans lesquelles les investigations ne sont pas encore achevées, la procédure de comparution différée a pour objectif affiché de faciliter le placement en détention provisoire et emporte à ce titre le risque d'augmenter le nombre déjà trop élevé de ces mesures. Surtout, l'office du juge des libertés et de la détention n'est défini par les dispositions législatives en cause qu'au moyen d'un renvoi indirect à l'article 144 du code de procédure pénale, sans que le législateur n'ait confié à ce juge le pouvoir d'apprécier le caractère suffisant des charges ayant conduit le ministère public à exercer des poursuites. De la sorte, à l'inverse d'un placement en détention provisoire ordonné au cours de l'instruction préparatoire, qui ne peut avoir lieu qu'à l'égard d'une personne déjà mise en examen par le juge d'instruction, la procédure de comparution à délai différé permet l'incarcération pour des motifs de sûreté d'une personne contre laquelle pèsent des charges qui ne sont énoncées et appréciées que par le ministère public, sans contrôle d'un juge. Le placement en détention provisoire pourrait ainsi être ordonné au regard d'un motif tiré, par exemple, d'une absence de garanties de représentation d'une personne contre laquelle ne pèserait, en réalité, aucun indice sérieux, hypothèse qui est d'autant plus probable que le ministère public exerce des poursuites tout en demeurant dans l'attente des résultats de certains examens. En permettant ainsi qu'une personne soit privée de sa liberté avant jugement, pendant plusieurs semaines, sans qu'un juge ne se soit préalablement prononcé sur l'existence d'indices ou de charges à son encontre, les dispositions légales concernées méconnaissent la liberté individuelle que l'article 66 de la Constitution place sous la protection de l'autorité judiciaire et l'interdiction de toute détention arbitraire prévue par cette même disposition, ainsi que la garantie des droits qui découle de l'article 16 de la DDH. En effet, dans sa configuration actuelle, le texte interdirait au juge des libertés et de la détention de refuser l'incarcération d'une personne au seul motif de son innocence.

Le parallèle avec le dispositif actuel du juge délégué en matière de comparution immédiate ne saurait être opérant, dans la mesure où la comparution différée impliquerait une privation de liberté sur une durée excédant nettement les trois jours ouvrables prévus par l'article 396 CPP et porterait sur une procédure dont, par définition, l'ensemble des charges de ne serait pas réunies au moment de la décision portant sur la détention provisoire.

Violations des exigences constitutionnelles du droit à un procès équitable

L'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dispose que « toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ». Au terme de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, cette disposition fonde la valeur constitutionnelle, notamment, du droit à un procès équitable (décisions n° 2004-492 DC du 2 mars 2004 et n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006), des droits de la défense (notamment décision n° 93-326 DC du 11 août 1993) ou du droit à un recours juridictionnel effectif (notamment décisions n° 2014-387 QPC du 4 avril 2014 et 2014-390 QPC du 11 avril 2014).

- Accroissement des prérogatives du procureur de la République et des services de police sans garanties suffisantes pour l'exercice du droit au procès équitable et des droits de la défense. Prises ensemble, les dispositions précitées de la loi qui allongent la durée de l'enquête de flagrance (art. 49, I), étendent le champ d'application des mesures d'enquête coercitives (perquisitions sans assentiment, art. 49, II et V), font relever du droit commun des mesures jusque là réservées aux procédures dérogatoires (interception de communications électroniques, art. 44) et permettent au procureur de la République de solliciter un placement en détention provisoire pendant le délai nécessaire à l'achèvement des dernières mesures d'enquête (comparution à délai différé, art. 60, II, III, V et VII) sont contraires à la Constitution en tant qu'elles renforcent et favorisent le recours à l'enquête préliminaire ou de flagrance, au détriment de l'instruction préparatoire, sans que ne soient apportées en contrepartie des garanties suffisantes quant à l'exercice du droit au procès équitable et des droits de la défense. En effet, s'il est loisible au législateur de faire évoluer la procédure pénale et de permettre que des affaires dont était auparavant saisi le juge d'instruction puissent désormais être mises en état dans le cadre d'une enquête de police, il lui appartient toutefois de prévoir les garanties qui permettent l'exercice des droits, parmi lesquels le droit au procès équitable et les droits de la défense. S'il n'a pas encore été jugé nécessaire d'imposer au législateur de prévoir de telles garanties lorsqu'il renforçait, par les précédentes législations, les prérogatives du ministère public, cette solution s'impose au regard de la présente loi compte tenu de la nature des mesures d'enquête précitées ainsi que de la complexité et de la gravité corrélatives des affaires qui relèveront désormais *de facto* des seules enquêtes préliminaire ou de flagrance. Sans doute, les dispositions législatives en cause n'ignorent pas la garantie judiciaire et prévoient à ce titre l'intervention du juge des libertés et de la détention pour autoriser les actes les plus coercitifs. Mais cette intervention n'est que ponctuelle et ne permet pas le contrôle, par un juge, du caractère équitable de la procédure

d'enquête au cours de cette dernière, avant que l'ensemble des investigations ne soient réalisées et que la juridiction de jugement ne soit saisie. Corrélativement, la personne soupçonnée ne dispose toujours d'aucun statut hors les cas où elle fait l'objet d'une garde à vue ou est entendue en audition libre, n'a pas accès au dossier avant que l'action publique ne soit mise en mouvement (hormis dans le cadre de l'article 77-1 CPP, qui est ineffectif) et ne peut demander la réalisation d'investigations qu'une fois ces dernières achevées et le tribunal saisi (art. 388-5 CPP, issu de la loi n° 2014-535 du 27 mai 2014 ; art. 60 de la présente loi). Insuffisantes, car n'intervenant que tardivement, ces prérogatives ne peuvent compenser la perte des garanties que représentaient, pour les affaires qui ne seront désormais plus confiées au juge d'instruction, la direction des investigations par un juge et les droits attachés à la mise en examen. Pour ces raisons, les dispositions précitées sont entachées d'incompétence négative en tant qu'elles modifient les dispositions du code de procédure pénale relatives à l'enquête de police et au jugement des délits de telle manière que certaines affaires auparavant confiées à un juge d'instruction seront désormais mises en état dans le cadre de l'enquête de police sans y ajouter les garanties nécessaires à l'exercice du droit au procès équitable et des droits de la défense.

- Possibilité d'un usage contraint de la visioconférence en matière de prolongation de la détention provisoire (art 54, X). Le texte prévoit la possibilité de contraindre la personne majeure détenue provisoirement à voir l'audience concernant la prolongation de sa détention provisoire n'être examinée que par le biais de la visioconférence, sans qu'il ne soit plus nécessaire que cette mesure soit justifiée par un critère particulier tenant au risque de trouble à l'ordre public ou au risque d'évasion.

La visioconférence constitue par nature une atteinte au droit à un procès équitable et aux droits de la défense, en ce qu'elle altère notablement l'intelligibilité des échanges et en ce qu'elle impose à l'avocat de choisir entre une présence aux côtés de son client et un échange de qualité avec le juge. Elle ne peut par conséquent être admise que si elle est acceptée de manière éclairée par la personne concernée, ou si elle est justifiée par des motifs impérieux.

Le Conseil constitutionnel, après avoir un temps subordonné la visioconférence au consentement de la personne (décision n° 2003-484 DC du 2 novembre 2003), a admis que le recours à la visioconférence contrainte pouvait, sous certaines conditions, être justifié en matière de contentieux des étrangers, au motif d'une bonne administration de la justice et du bon usage des deniers publics (décision n° 2018-770 du 6 septembre 2018). Néanmoins, il convient de relever que le Conseil constitutionnel ne s'est jamais prononcé sur la constitutionnalité du recours à la visioconférence en

matière pénale, étant observé que les enjeux de la prolongation pour six mois supplémentaires d'une détention provisoire criminelle pouvant être en cours depuis 30 mois présente un degré de sensibilité très nettement supérieur au regard de la liberté individuelle et du droit à un procès équitable, qui ne doit pas être considéré comme soluble dans le « bon usage des deniers publics », sauf à priver les droits fondamentaux de toute consistance.

La privation envisagée du droit à être présent physiquement devant son juge lors du débat sur sa propre détention provisoire, pour des motifs triviaux pouvant tenir à l'organisation des services du tribunal ou à la disponibilité des services d'escorte, constitue une atteinte excessive et injustifiée aux exigences du droit à un procès équitable et doit par conséquent être déclarée inconstitutionnelle.

Il convient de noter que les difficultés d'exécution des extractions judiciaires évoquées dans l'étude d'impact annexée au projet de loi ne sont que la conséquence d'une allocation de moyens très insuffisants, dénoncée nettement en amont par l'ensemble des acteurs judiciaires à l'occasion du transfert de cette mission à l'administration pénitentiaire. Il serait pour le moins singulier de retenir cette pénurie sciemment entretenue pour justifier une atteinte au droit fondamental à un procès équitable, et permettre ainsi à l'État de se prévaloir sa propre turpitude. Par ailleurs, le droit au procès équitable n'est pas seul en cause : l'est tout autant le principe d'égalité devant la loi et la compétence du législateur pour fixer les règles de procédure pénale puisque, la loi ne fixant aucun critère pour recourir ou non à la visioconférence, le choix de cette procédure résulte d'une décision discrétionnaire de la juridiction et deux détenus peuvent comparaître selon des modalités différentes sans qu'aucune distinction de situation ne puisse venir justifier cette différence de traitement.

- Généralisation de l'enquête sous pseudonyme (art 45). La consolidation technique du fondement légal du régime de l'enquête sous pseudonyme n'est pas critiquable, tant cette technique d'enquête est aujourd'hui définie par des textes épars et subtilement divergents, résultats d'une sédimentation législative anarchique.

Toutefois, au-delà de cette consolidation bienvenue, le texte étend à l'ensemble des délits punis d'emprisonnement une technique dérogatoire d'enquête qui, en raison de sa toute particulière sensibilité, est aujourd'hui réservée à des domaines très spécifiques (criminalité organisée, atteintes aux systèmes automatisés de traitement des données, pédopornographie, proxénétisme, délits en matière pharmaceutique, délits en matière d'espèces protégées).

Or, par les actes qu'elle permet aux enquêteurs (utilisation de fausses identités, acquisition de biens ou de services illicites...), l'enquête sous

pseudonyme constitue par nature une atteinte au principe de loyauté du recueil de la preuve, composante du droit à un procès équitable visée par la décision du Conseil constitutionnel n° 2011-191/194/195/196/197 QPC du 18 novembre 2011. La généralisation de ces techniques dérogatoires de manière indiscriminée et sans aucune nécessité à l'ensemble des délits punis d'emprisonnement porte une atteinte injustifiée et disproportionnée au droit à un procès équitable.

Il est à ce titre intéressant de relever que pour tenter de justifier la généralisation opérée par le texte, l'étude d'impact annexée au projet de loi se contente de donner un seul exemple, juridiquement faux. En effet, la revente habituelle de matériel volé par l'intermédiaire d'un service en ligne est d'ores et déjà susceptible de caractériser le délit de blanchiment aggravé prévu par les articles 324-1 et 324-2 du code pénal (C Pén), et par conséquent de faire l'objet de mesures d'enquête sous pseudonyme en application des articles 706-73-1 et 706-87-1 CPP, même en dehors de toute notion de bande organisée.

- Possibilité de regroupement des poursuites en cours (art 60, IV). Le texte prévoit la possibilité pour le procureur de la République qui poursuit une personne selon les procédures de comparution immédiate ou de convocation par procès-verbal de joindre à la même audience des poursuites antérieures ayant fait l'objet d'une convocation par officier de police judiciaire, d'une convocation par procès-verbal, d'une convocation en vue d'une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, d'une citation directe, d'une ordonnance pénale ou d'une ordonnance de renvoi par un juge d'instruction.

Il est à noter que cette jonction, qui peut conduire à examiner un dossier plusieurs mois avant la date prévue, peut être imposée à la personne poursuivie, dont l'accord n'est pas requis, et qui ne dispose d'aucune voie de contestation.

Dans ces conditions, le dispositif retenu est fortement attentatoire aux droits de la défense.

L'atteinte aux droits de la défense est particulièrement aiguë dans le cas de la comparution immédiate. En effet, alors que la défense en comparution immédiate s'exerce déjà dans des conditions très fortement dégradées par l'urgence, la possibilité donnée au parquet d'agrèger à la poursuite principale, discrétionnairement et sans aucune limite, une multitude de procédures éparses par définition non urgentes, dont certaines peuvent être complexes et/ou volumineuses, constituerait une atteinte aiguë aux droits de la défense et au principe du procès équitable.

Même hors de la procédure de comparution immédiate, la possibilité d'agrèger dans les mêmes conditions des procédures ayant fait l'objet d'ordonnances de renvoi par des juges d'instruction est une aberration au

regard des règles constitutionnelles relatives au procès équitable et aux droits de la défense. En effet, compte tenu de la gravité et de la complexité inhérentes aux dossiers empruntant cette voie procédurale, qui peuvent être extrêmement volumineux, un jugement à l'improviste et dans l'urgence constitue à la fois une atteinte injustifiable aux droits de la défense et une inutile et importante désorganisation des juridictions.

Par ailleurs, dans le cadre de la comparution sur procès-verbal, les dispositions relatives au délai d'information de l'avocat sont insuffisantes au regard des exigences des droits de la défense. En effet, un délai de 10 jours apparaît nettement insuffisant pour préparer une défense sur des dossiers potentiellement multiples et volumineux. En outre, si un délai est effectivement prévu pour le recours au regroupement de procédures en lui-même, l'avis subséquent « sans délai » à l'avocat est à la fois ambigu et susceptible d'abus.

Pour l'ensemble de ces motifs, la disposition concernée porte une atteinte grave et injustifiée aux droits de la défense et aux exigences du procès équitable, et apparaît par conséquent contraire à la Constitution.

- Restriction de la plainte avec constitution de partie civile (art 53, III). La plainte avec constitution de partie civile devant le doyen des juges d'instruction est une garantie essentielle permettant d'assurer à la victime d'une infraction la possibilité d'obtenir l'ouverture d'une information judiciaire et la mise en état d'une affaire pénale. Cette procédure assure une possibilité de correction des éventuelles erreurs d'appréciation du parquet, ou de son inertie, dans le contexte d'un statut ne garantissant pas son entière indépendance vis à vis du pouvoir exécutif, parquet qui dispose pour le reste d'une appréciation souveraine sur l'opportunité des poursuites et de la saisine d'un juge d'instruction. La plainte avec constitution de partie civile devant le doyen des juges d'instruction est ainsi une garantie de l'accès de la victime à un recours juridictionnel effectif, composante du droit constitutionnellement protégé à un procès équitable. Historiquement, cette procédure a été la garantie qui a rendu possibles des enquêtes effectives sur de nombreuses affaires sensibles, notamment en matière de scandales sanitaires, de violences policières ou de délinquance économique et financière.

La loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 a déjà considérablement restreint le champ de cette procédure : la plainte avec constitution de partie civile n'est possible pour les délits que si le plaignant justifie qu'il a préalablement déposé une plainte simple pour ces faits auprès du procureur de la République, et que celui-ci a classé la procédure sans suite ou est resté silencieux pendant plus de trois mois.

Le texte prévoit la possibilité de réduire encore l'accès à cette garantie essentielle, en portant le délai d'attente de 3 à 6 mois, sur autorisation du

juge d'instruction à la demande du procureur de la République, au risque évident de conduire à un dépérissement des preuves. L'atteinte au droit à un recours juridictionnel effectif est d'autant plus forte que la loi s'abstient de fixer des critères pour décision d'autorisation du juge d'instruction, assumant le risque de l'arbitraire.

Par ailleurs, en donnant au procureur de la République la possibilité de requérir un refus d'informer s'il estime que l'affaire peut être poursuivie en l'état sans davantage d'enquête, le texte crée le risque d'un obstacle insurmontable aux plaintes portant sur des dossiers complexes, la simple présence d'un « lampiste » identifié pouvant servir de prétexte au refus d'une instruction préparatoire permettant l'identification d'autres responsables.

Ces nouvelles dispositions priveraient la procédure d'une grande partie de son effectivité et priveraient de tout recours juridictionnel effectif les victimes de faits que le parquet, autorité dont l'indépendance vis-à-vis du pouvoir exécutif n'est pas garantie, déciderait de ne pas poursuivre. Elles constituent par conséquent une atteinte excessive au droit à un recours effectif et au droit à un procès équitable.

- Restriction de la procédure contradictoire de règlement de l'information (art 56, I et II). Le texte restreint le bénéfice des droits conférés par l'article 175 CPP dans le cadre du règlement de la procédure aux seules parties qui en auraient fait la demande expresse dans les 15 jours de l'envoi de l'avis de fin d'information ou dans les 15 jours d'un précédent interrogatoire ou audition.

Cette disposition n'est qu'un moyen tatillon et artificiel de priver du bénéfice de voies de droit essentielles à l'exercice des droits de la défense les parties qui, par des circonstances diverses (délais imputables aux services postaux, jours fériés, congés annuels, changement d'avocat...) n'auraient pas pu se manifester dans les délais très courts imposés.

Un tel obstacle érigé de manière artificielle constitue une atteinte aussi inutile qu'excessive aux droits de la défense. Il constitue par ailleurs une atteinte au principe de l'égalité des armes, composante du droit à un procès équitable, le procureur de la République n'étant pas soumis à de telles restrictions et pouvant bénéficier de plein droit des délais offerts par l'article 175 CPP.

Enfin, le dispositif retenu est inutilement complexe, abscons et ambigu même pour le professionnel de la procédure pénale, et contrevient à l'obligation constitutionnelle d'intelligibilité de la loi. La disposition concernée est donc, pour l'ensemble de ces motifs, d'une inconstitutionnalité évidente.

- Marginalisation de la collégialité des décisions pénales (art 61, I et 62, V).

Le Conseil constitutionnel n'a à ce jour pas consacré la collégialité des formations juridictionnelles comme principe de valeur constitutionnelle. Néanmoins, en favorisant une délibération éclairée et en limitant les errements et erreurs individuelles, la collégialité apparaît comme un facteur clé du procès équitable. Associée au secret des délibérations, la collégialité constitue également une garantie de l'indépendance de l'autorité judiciaire. Elle ne peut, dès lors, être écartée au projet d'une formation à juge unique pour des affaires présentant un certain degré de gravité ou de complexité.

En l'espèce, dans ses articles 40, I et 41, III le texte procède, dans une préoccupation uniquement budgétaire, à une réduction sans précédent du champ de la collégialité des décisions juridictionnelle en matière pénale.

Ainsi, alors que 78 % des affaires jugées par les tribunaux correctionnels (source : étude d'impact annexée au projet de loi) relevaient déjà en 2016 de la formation statuant à juge unique, le texte retire plusieurs dizaines de nouveaux délits de la compétence de la formation collégiale. Cette nouvelle extension ferait de la collégialité une exception et conduirait à faire juger par un juge seul au cours d'audiences dont la charge moyenne est de l'ordre de 20 à 30 dossiers par demi-journée des délits dont la gravité ou la complexité sont littéralement disproportionnées dans un tel contexte. Ainsi, par exemple, le délit d'immixtion dans une fonction publique, le délit de remise illicite à un détenu par un personnel de l'administration pénitentiaire ou des infractions complexes en matière de promotion immobilière relèveraient d'un juge seul. Par ailleurs, l'infraction d'outrage à magistrat, pour lequel il existe un risque de personnalisation de nature à nuire à la sérénité des débats, serait jugée par un juge seul, toujours susceptible de connaître à un titre ou à un autre son collègue concerné. Les événements récents ont également montré le caractère sensible des affaires mettant en cause le délit d'opposition à l'exécution de travaux publics, lui aussi visé par la loi.

Par ailleurs, alors que les dommages de la pratique du jugement à juge unique sont aujourd'hui réduits par la possibilité de voir sa cause examinée par une collégialité à hauteur d'appel, le texte introduit le jugement à juge unique pour les appels correctionnels, selon les mêmes critères qu'en première instance, faisant ainsi disparaître toute forme de collégialité pour une grande majorité d'affaires pénales.

Le raisonnement selon lequel les procédures trop graves et/ou trop complexes pour être examinées à juge unique seraient renvoyées devant la formation collégiale en application de l'article 398-2 CPP est inopérant. En effet, cette procédure demeure très rarement utilisée dans les faits, les juridictions contraintes par la pénurie et soumises à des flux massifs et à une contrainte statistique forte étant dissuadées d'opérer des renvois. En outre, la décision relevant de l'appréciation souveraine de la juridiction et étant insusceptible de recours, l'article 398-2 CPP ne constitue en aucune manière

un droit pour le prévenu ou la partie civile à voir leur cause examinée par une formation collégiale.

Cette disparition totale de la collégialité du jugement pénal dans une grande majorité des affaires, par son ampleur, son caractère systématique et la disparition de toute correction à hauteur d'appel, constitue une atteinte au principe constitutionnel du droit à un procès équitable.

Ces atteintes apparaissent d'autant moins justifiées que, selon les chiffres de l'étude d'impact annexée au projet de loi, la charge des formations correctionnelles est en baisse tendancielle et qu'aucune préoccupation de bonne administration de la justice ne pourrait donc servir de prétexte à ce recul.

- Réduction de la collégialité au niveau de la chambre de l'instruction (art 56, XII, XIII et XIV). Le texte prévoit d'étendre significativement la compétence du président de la chambre de l'instruction statuant seul, aujourd'hui réduit au seul filtrage des appels sur les rejets de demandes d'investigations complémentaires et des requêtes aux fins d'annulation manifestement irrecevables ou dépourvues de sérieux.

Cette réduction de la collégialité concerne au premier chef le contentieux des nullités, que le président de la chambre de l'instruction pourrait de sa seule initiative faire échapper à la collégialité. Le fait de donner au président de la chambre de l'instruction la possibilité de statuer seul lorsqu'il estime la solution évidente, et donc d'éluder discrétionnairement la délibération collective sans confronter son analyse à celle de ses assesseurs, constitue un risque grave d'erreurs et d'arbitraire et une violation du principe constitutionnel du droit à un procès équitable. Par ailleurs, en soumettant la décision du président à un critère imprécis, tiré de ce que la solution s'imposerait « de façon manifeste », le législateur laisse concrètement le choix de statuer à juge unique entre les mains du président de la chambre de l'instruction et a ainsi méconnu sa compétence et l'article 34 de la Constitution.

Cette réduction concerne également les recours contre les décisions de refus de restitution d'objets placés sous main de justice rendues par le procureur de la République ou le procureur général dans le cadre d'enquêtes en cours, d'affaires classées sans suite ou définitivement jugées (art 41-4 CPP) ou les appels sur les refus de restitution dans le cadre de l'information judiciaire (art 99 CPP, art 706-53 CPP). Ces contentieux concernent des décisions potentiellement très contestées et dont les enjeux peuvent être lourds, dans le cadre desquelles la chambre de l'instruction statue sur recours contre les décisions d'un magistrat du parquet, en tant qu'unique degré de juridiction. Le projet de loi aboutirait à ce que le fond de ces décisions potentiellement sensibles puisse ne jamais être examiné par une

collégialité de magistrats du siège, ce qui constituerait une violation du droit à un recours effectif et du droit à un procès équitable.

En outre, en donnant à la partie requérante la possibilité discrétionnaire de choisir de déférer la procédure au seul président ou à la collégialité, la rédaction finalement retenue donne à ce requérant, qui peut être le procureur de la République dans le cas de l'article 99 CPP, la possibilité de choisir *intuitu personae* sa formation de jugement, au mépris de toute notion de procès équitable.

- Extension du domaine de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (art 59, I, 5°). Dans sa décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, estimait que la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité était conforme aux règles constitutionnelles relatives au procès équitable en relevant notamment qu'elle ne pouvait pas donner lieu au prononcé de condamnations supérieures à un an d'emprisonnement. La loi rompt l'équilibre déjà contestable de l'état antérieur du droit et permet le prononcé de peines jusqu'à trois ans d'emprisonnement, qui pourraient être acceptées dans des conditions de consentement discutables, en quelques minutes, sans débat judiciaire, sans pouvoir d'appréciation d'un juge de l'homologation qui ne peut que valider ou non la proposition du parquet, et le cas échéant dans le cadre d'une procédure de défèrement en sortie de garde à vue en application de l'article 495-12 CPP.

Envisagée dans une perspective exclusivement productiviste, cette extension constitue une rupture particulièrement critiquable, permettant le jugement de faits graves et le prononcé de peines importantes, selon une procédure dégradée, sans audience sur le fond et au mépris des droits des justiciables et de toute notion de qualité de la justice rendue. Elle transforme la nature de la mesure, rompt l'équilibre que le Conseil constitutionnel avait considéré comme satisfaisant en 2004 et rend le dispositif contraire aux exigences les plus évidentes du procès équitable et de l'individualisation des peines.

De manière annexe, le texte ajoute la possibilité de prévoir la révocation de « tels ou tels (sic) sursis » à titre d'accessoire de la peine d'emprisonnement proposée. Au-delà du caractère étonnamment brouillon de la formulation, cette disposition ne distingue pas les régimes pourtant nettement différents du sursis simple et des sursis probatoires. Si la possibilité de révocation du sursis simple ne fait que tirer les conséquences de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 et succède à une révocation qui était automatique entre 2004 et 2014, il est injustifiable, au regard notamment du principe constitutionnel d'individualisation des peines qu'une mesure de sursis avec mise à l'épreuve ou de sursis avec obligation d'accomplir un travail d'intérêt général puisse être révoquée dans ce cadre sans débat sur la personnalité et sans

information sur le déroulement de la mesure de probation en cours, qui fait pourtant par ailleurs l'objet de rapports détaillés et réguliers.

Atteintes au principe de l'individualisation des peines et à la séparation des autorités de poursuite et de jugement et à la séparation des pouvoirs

Selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel (cf. notamment décision n° 2005-520 du 22 juillet 2005), il découle de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 le principe constitutionnel d'individualisation des peines.

Par ailleurs, dans sa décision n° 95-360 DC du 2 février 1995, le Conseil constitutionnel rappelle que l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, l'article 66 de la Constitution et le principe de valeur constitutionnelle de respect des droits de la défense imposent en matière de crimes et de délits une séparation des autorités chargées de l'action publique et des autorités de jugement.

Le texte comprend plusieurs dispositions qui créent ou développent des procédures alternatives qui ont pour effet l'application en matière correctionnelle d'un « tarif » uniforme selon des procédures dégradées, en violation des principes constitutionnels susvisés.

- Amendes forfaitaires délictuelles (art 58). Le texte prévoit la possibilité d'amendes forfaitaires applicables à plusieurs délits déterminés, dont le délit d'usage de stupéfiants. Si l'amende forfaitaire est pratiquée en matière contraventionnelle, le principe constitutionnel d'individualisation des peines et la nécessité de la séparation des autorités de poursuite et de jugement s'opposent à ce que soit transposé en matière correctionnelle, davantage protégée en raison de ses enjeux plus importants, un tel mécanisme qui aboutit à la distribution automatisée d'amendes d'un montant uniformisé selon un « tarif », à la seule initiative des services de police interpellateurs, qui seraient à la fois autorité de constatation de l'infraction, autorité de poursuite et autorité de jugement.

Par ailleurs, la disposition conduit à conférer aux services de police, émanation du pouvoir exécutif, l'opportunité des poursuites en matière correctionnelle, ceux-ci étant libres de décider discrétionnairement d'appliquer une amende forfaitaire sans en référer à l'autorité judiciaire ou d'aviser le procureur de la République en vue de l'exercice de l'action publique selon d'autres modalités. En dépossédant l'autorité judiciaire de l'opportunité des poursuites et de l'exercice de l'action publique au profit du pouvoir exécutif, la disposition porte une atteinte au principe de séparation

des pouvoirs issu de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

Pour l'ensemble de ces motifs, les dispositions relatives à l'amende forfaitaire doivent être déclarées contraires à la Constitution.

- Composition pénale (art 59, I). Le texte, croyant tirer parti d'interdictions qui ne sont pas explicitement exprimées par la jurisprudence constitutionnelle (décisions n° 95-360 DC du 2 février 1995 et n° 2014-416 QPC du 26 septembre 2014, qui ne posent pas d'impossibilité explicite) entend supprimer toute intervention d'un magistrat du siège dans les procédures de composition pénale portant sur des délits punis de 3 ans d'emprisonnement ou moins et ne comportant que le versement d'une amende de composition ou la remise d'un bien. Cette disposition, qui permet une inscription au Casier judiciaire et une extinction de l'action publique à la seule discrétion du parquet et sans aucune intervention d'un magistrat du siège, en toute méconnaissance des droits de la victime, y compris sur des faits graves, constitue une atteinte majeure à l'exigence constitutionnelle d'un procès équitable. En supprimant toute validation par un juge du siège et en confiant l'intégralité de la procédure au parquet, elle constitue également une violation de l'obligation constitutionnelle de séparation des autorités de poursuite et de jugement en matière criminelle (décision n° 95-306 DC du 2 février 1995), et doit par conséquent être déclarée contraire à la Constitution.

Violation du droit à un procès équitable, de l'obligation d'intelligibilité de la loi, de l'égalité devant la loi, de la liberté d'expression : extension de la procédure de l'ordonnance pénale (art 61, II) :

L'extension prévue de la procédure d'ordonnance pénale pose plusieurs difficultés au regard des normes de valeur constitutionnelle.

Le mécanisme de l'ordonnance pénale a été jugé par la décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002 conforme aux principes constitutionnels d'égalité devant la justice et de droit à un procès équitable. Néanmoins, au moment de cette appréciation, la procédure était réservée à quelques délits routiers simples, de gravité modérée et sans victime. La loi examinée bouleverse en profondeur l'équilibre considéré comme conforme à la Constitution en 2002, en étendant l'ordonnance pénale à l'ensemble des délits relevant du nouveau périmètre de la formation correctionnelle à juge unique, à l'exception des « atteintes volontaires ou involontaires à l'intégrité des personnes ». Cette procédure aboutissant à des condamnations prononcées sur papier, non publiques, sans audience et sans débat, sans prise en compte de la victime et sous un contrôle juridictionnel très superficiel se verrait appliquée à des délits graves et/ou complexes pour lesquels elle

paraît parfaitement hors de propos au regard des exigences d'un procès équitable : abandon de famille et non-représentation d'enfants, délits en matière d'habitat insalubre, délit de remise illicite à détenus par un personnel de l'administration pénitentiaire, détournements commis dans le cadre d'opérations de construction ou de promotion immobilière, confection de faux documents administratifs, atteintes à la vie privée, diffusion non consentie d'enregistrements à caractère sexuel, immixtion dans une fonction publique...

Par ailleurs, le périmètre d'application de cette procédure est désigné de manière beaucoup trop imprécise au regard de l'obligation d'intelligibilité et de précision de la loi. En effet, la notion d'« atteintes volontaires ou involontaires à l'intégrité des personnes » ne correspond pas à une catégorie précisément définie d'infractions. En effet, si le code pénal comprend un titre 2, chapitre 2 intitulé « Des atteintes à l'intégrité physique ou psychique de la personne », aucun renvoi précis à celui-ci n'est effectué. En outre, ce chapitre comprend des infractions qui ne peuvent pas être considérées comme des « atteintes volontaires ou involontaires à l'intégrité des personnes » (infractions en matière de détention d'arme, infractions en matière de stupéfiants...) et d'autres pour lesquelles ce qualificatif est très incertain (enregistrement ou diffusion d'images violentes...) alors que des délits relevant incontestablement de l'atteinte à l'intégrité de la personne n'appartiennent pas à ce chapitre (vol avec violences...). Le périmètre d'application prévu par le texte est ainsi marqué par une profonde incertitude de nature à donner lieu à une casuistique incompatible avec l'exigence constitutionnelle d'intelligibilité de la loi et le principe d'égalité devant la loi.

En outre, le texte intègre le délit de diffamation au champ d'application de l'ordonnance pénale. Or, cette procédure sans audience et sans débat empêche la personne poursuivie de faire valoir l'exception de vérité ou l'exception de bonne foi à ce stade, et donnerait donc lieu à des condamnations *a priori* et valables jusqu'à opposition, qui n'offrent qu'une protection insuffisante à la liberté d'expression, garantie par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

Pour l'ensemble de ces raisons, l'extension du domaine de la procédure d'ordonnance pénale doit par conséquent être déclaré contraire à la Constitution.

Le projet de loi prévoit en outre la possibilité de prononcer des peines de jours-amende et de travail d'intérêt général par le biais de l'ordonnance pénale. Cette disposition constitue une rupture majeure, permettant le prononcé sans audience, sans débat et sans contact avec le prévenu, de peines impliquant la perspective concrète d'une incarcération sans commission de faits nouveaux, dans des conditions qui constituent une atteinte excessive à la protection due à la liberté individuelle garantie par l'article 66 de la Constitution. Prétendant répondre aux obstacles constitutionnels majeurs et manifestes à une telle mesure, le Conseil d'État a estimé dans son avis que la loi devait imposer une notification en personne de ces peines, afin de permettre au justiciable de

prendre conscience de leurs enjeux peu évidents pour le profane, et de se prononcer en toute connaissance de cause sur l'opportunité d'un éventuel recours. Un tel aménagement serait cosmétique et très insuffisant au regard des enjeux, *a fortiori* compte tenu de la complexité du régime des peines concernées et du niveau insuffisant de formation sur ce point des services qui seront concrètement en charge des notifications.

Violation du principe d'égalité devant la justice

- Expérimentation de la « cour criminelle » (art 63, II et III). Le texte prévoit l'expérimentation dans deux à dix départements pendant 3 ans d'une « cour criminelle » chargée de juger en premier ressort, sans jurés, les crimes punis de 15 ou 20 ans de réclusion, hors les cas de récidive légale.

Si l'article 37-1 de la Constitution dispose que « la loi et le règlement peuvent comporter, pour un objet et une durée limités, des dispositions à caractère expérimental », il ressort de l'exposé des motifs du projet de loi constitutionnelle ayant donné lieu à l'adoption de cette disposition qu'il appartient aux textes législatifs prévoyant une expérimentation de fixer « un ensemble de conditions permettant d'assurer un équilibre entre l'intérêt général qui s'attache à la mise à l'essai de nouvelles règles et les exigences du principe d'égalité ». Il est en effet évident que l'expérimentation, quand bien même elle bénéficie d'un support constitutionnel, ne saurait porter une atteinte disproportionnée au principe d'égalité devant la justice.

Dans les départements concernés par l'expérimentation, les crimes visés par le texte seraient ainsi jugés, non plus par une cour d'assises associant juges professionnels et jurés populaires mais par cinq magistrats professionnels (dont possiblement deux magistrats à titre temporaire ou magistrats honoraires), selon une procédure que la loi éloigne par ailleurs significativement de la procédure criminelle actuelle. En effet, l'article 42, I de la loi donne la possibilité au président d'interrompre les témoins, et prévoit que lors des audiences criminelles sans jurés, les magistrats pourront disposer du dossier de la procédure en délibéré, rompant avec le principe de l'oralité des débats. Il est ainsi acquis que des magistrats pouvant interrompre la déposition des témoins, pouvant délibérer avec le dossier de la procédure et se passer ainsi de débats oraux exhaustifs et débarrassés de la nécessité de pédagogie inhérente à la présence de jurés populaires ne manqueront pas, sous l'effet conjugué de la pénurie de moyens et de la pression statistique, d'aligner rapidement le jugement des crimes sur le rythme forcené auquel sont soumis les dossiers correctionnels. Selon toute vraisemblance, les contraintes fortes à l'œuvre dans l'institution judiciaires conduiraient la cour criminelle à examiner plusieurs dossiers par demi-

journée, là où un temps d'audience minimum de 2 à 3 journées est aujourd'hui consacré au jugement d'un crime devant la Cour d'assises.

L'expérimentation prévue par le texte conduirait à confier dans les départements concernés le jugement d'une majorité de crimes⁸, dont notamment la quasi-totalité des viols⁹, à une procédure très dérogatoire et d'une qualité nettement dégradée par rapport à celle appliquée dans le reste du pays. L'aléa géographique, renforcé par un aléa procédural tenant à l'existence de critères concurrents pouvant rendre plusieurs parquets compétents pour une même procédure (article 43 CPP : lieu de l'infraction, lieu de résidence de l'un des mis en cause, lieu d'arrestation, connexité), conduiraient des procédures semblables à être jugées dans des conditions très différentes. Cette inégalité est d'autant plus insupportable, et nettement plus grave que celle admise par le Conseil constitutionnel en 2011 dans le cas des « citoyens assesseurs » (décisions n° 2011-653 DC du 4 août 2011) que cette expérimentation porte sur des procédures parmi les plus graves et les plus douloureuses soumises à l'autorité judiciaire, et que les conditions d'examen des procédures devant la cour criminelle seront strictement et nettement dégradées par rapport à celles en vigueur dans les autres ressort (temps d'examen du dossier et d'écoute des parties réduit, délibéré plus restreint, absence de participation de jurés populaires...).

Ainsi, l'expérimentation prévue porte une atteinte grave et disproportionnée au principe d'égalité devant la justice, qui outrepassé nettement la possibilité d'expérimentation permise au titre de l'article 37-1 de la Constitution.

IV – Dispositions relatives à l'efficacité et au sens de la peine

Violation de l'interdiction du travail forcé, violation du droit au respect de la vie privée

Violations des exigences constitutionnelles du droit à un procès équitable

L'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dispose que « toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ». Au terme de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, cette disposition fonde la valeur constitutionnelle, notamment, du droit à un procès équitable (décisions n° 2004-492 DC du 2 mars 2004 et n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006), des droits de la défense (notamment décision n° 93-326 DC du 11

8 De l'ordre de deux tiers selon l'estimation de l'étude d'impact annexée au projet de loi.

9 99,15 % selon les calculs réalisés à partir des données de 2014 et 2015 reprises dans l'étude d'impact annexée au projet de loi.

août 1993) ou du droit à un recours juridictionnel effectif (notamment décisions n° 2014-387 QPC du 4 avril 2014 et 2014-390 QPC du 11 avril 2014).

S'agissant des articles 71, 81, 82

Ces articles prévoient la possibilité d'ordonner un travail d'intérêt général en présence du prévenu lors de l'audience de jugement ou en son absence, s'il est représenté par un avocat et qu'il donne son accord par un écrit. Par ailleurs, ces articles prévoient également la possibilité d'ordonner un travail d'intérêt général en l'absence du prévenu en fixant une peine de prison ou d'amende en cas d'inexécution du TIG. Dans ce dernier cas, le juge d'application des peines est alors saisi et le condamné est convoqué devant lui pour exprimer son consentement ou non au TIG. Dans les deux cas, le tribunal correctionnel prévoit une peine de prison ou d'amende en cas d'inexécution.

En créant la possibilité d'ordonner un travail d'intérêt général sans être présent à l'audience, la loi propose une évolution majeure du TIG.

Or, une proposition de condamnation, sans aucun consentement de l'intéressé, se heurte aux dispositions de l'article 4 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et de ses interprétations jurisprudentielles « proscrivant le travail forcé ou obligatoire ». Cet article entre également en contradiction avec l'article 4 de la déclaration universelle des droits de l'Homme ainsi qu'avec le pacte international relatif aux droits civils et politiques (Pacte II de l'ONU) du 16 décembre 1966. Si la prohibition du travail forcé n'a pas été explicitement consacrée par la jurisprudence du Conseil constitutionnel, elle doit indubitablement être considérée une composante de la liberté individuelle et/ou un principe fondamental issu des lois de la République (notamment la loi n° 46-645 du 11 avril 1946)

Ces dispositions contreviennent enfin aux exigences constitutionnelles du droit à un procès équitable. Il semble en effet, difficilement imaginable que quelqu'un consente à l'avance à exécuter un travail d'intérêt général sans avoir assisté à l'audience et au contenu des débats. Ainsi, il est très fréquent au cours de l'audience, et alors que cette peine a été requise ou qu'elle est envisagée par le tribunal, qu'une explication concrète soit faite par le tribunal sur la définition d'un travail d'intérêt général et sur les enjeux en cas de non-respect.

La pratique des audiences aboutit à ce que la question du consentement soit posée in concreto au prévenu ; parfois une hésitation importante est exprimée lors du dernier mot qui clôture l'audience. Il arrive ainsi, notamment pour les mineurs, que ceux-ci puissent exprimer avant l'audience à leur éducateur ou avocat qu'ils vont être d'accord avec cette mesure si celle-ci était ordonnée pour au final revenir sur cette opinion au cours de l'audience.

Permettre une condamnation à un travail d'intérêt général, avec un consentement exprimé avant l'audience, sans connaissance du contenu de l'audience, sans explication concrète par le magistrat aboutirait ainsi à contraindre le condamné à un travail forcé car non consenti, puisque non compris dans ses enjeux.

Pascal Clément, garde des Sceaux en 2005, avait lui-même, par réponse écrite au député Jacques Méhas sur les modalités d'extension du travail d'intérêt général, pu insister sur l'importance de la présence à l'audience pour acquiescer à la peine proposée :

« il convient de rappeler que le prononcé de cette peine doit obéir à certaines exigences liées à la définition juridique du travail. Ainsi, la Convention européenne des droits de l'homme en son article 4 proscrit le travail forcé ou obligatoire. Dans ces conditions, la présence du prévenu à l'audience et son acquiescement à la peine prononcée est obligatoire, conformément aux articles 131-8 et 132-54 du code pénal. En outre, comme cette peine constitue l'exécution d'un travail, l'article 131-23 du code pénal prévoit qu'elle est soumise aux prescriptions législatives et réglementaires relatives au travail de nuit, à l'hygiène, à la sécurité ainsi qu'au travail des femmes et des jeunes travailleurs. Enfin, elle suppose que l'état de santé du condamné soit compatible avec l'exécution d'un travail d'intérêt général qui, le plus souvent, implique un travail physique. »

La possibilité prévue par ailleurs de recueil différé du consentement de la personne se révèle également contraire au principe d'interdiction du travail forcé. Dans ce cas, le juge d'application des peines reçoit le condamné à un TIG ordonné en son absence sans son accord. Si le condamné refuse devant le juge d'application des peines de faire un TIG, la peine d'emprisonnement ou d'amende prononcée par le tribunal correctionnel pourra alors être mise à exécution entièrement ou en partie, en application de l'article 712-6 du code de procédure pénale, sous réserve s'il y a lieu des possibilités d'aménagement ou de conversion.

Cette phase devant le juge d'application des peines est également problématique dès lors que des condamnés en incapacité de travailler et qui auraient pu exprimer cet état de fait à l'audience s'ils avaient été présents et condamnés en tenant de compte de cela à d'autres peines, se retrouvent à ce stade, contraints d'exécuter un TIG, s'ils ne veulent pas exécuter la peine prévue en cas d'inexécution. Le terme « inexécution » ne correspond par ailleurs pas à la situation, le condamné n'étant alors pas en capacité d'exécuter plutôt que dans une démarche d'inexécution entamée.

Le travail d'intérêt général ordonné en l'absence du prévenu à l'audience constitue donc une violation de l'interdiction au travail forcé, ainsi qu'aux exigences constitutionnelles du droit à un procès équitable.

L'article 71 prévoit également pour les mineurs que la peine de détention à domicile sous surveillance électronique peut être prononcée sans l'accord des titulaires de l'autorité parentale en cas de carence de ces derniers ou d'impossibilité de donner leur consentement.

Cette faculté pose une limite au droit au respect de la vie privée en ce qu'elle peut aboutir à ce que des parents n'aient pas leur mot à dire par rapport à l'installation d'un dispositif de surveillance électronique extrêmement contraignant à leur domicile. La pratique actuelle consiste au contraire à obtenir l'accord de la personne chez qui la personne sous surveillance électronique vit pour qu'un tel dispositif soit installé.

Ces dispositions méconnaissent manifestement les principes à valeur constitutionnelle de droit au respect de la vie privée.