



HAL
open science

La procédure pénale technicienne (ou l'asphyxie procédurale)

Étienne Vergès

► **To cite this version:**

Étienne Vergès. La procédure pénale technicienne (ou l'asphyxie procédurale). *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2019, 03, pp.667. <halshs-02450772>

HAL Id: halshs-02450772

<https://shs.hal.science/halshs-02450772v1>

Submitted on 18 Nov 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire HAL, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



HAL Authorization

La procédure pénale technicienne (ou l'asphyxie procédurale)

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

Etienne VERGES

Professeur à l'Université Grenoble Alpes

Citer cet article : E. Vergès, « La procédure pénale technicienne (ou l'asphyxie procédurale) », *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé*, 2019, p. 667

La procédure pénale est une matière complexe. Elle s'est complexifiée au fil des années et des réformes et elle a atteint un tel point de complexité qu'elle relève aujourd'hui de la discipline d'expert, de technicien, réservée à une petite communauté de professionnels, dont le volume diminue à chaque nouvelle réforme. Pour le citoyen, pour le juriste non pénaliste, pour celui qui ne suit pas à la trace l'explosion des micro-modifications du code de procédure pénale, la matière est devenue inaccessible. Si la justice pénale est faite pour tous, la procédure pénale, quant à elle, est réservée à un petit groupe d'individus, qui y trouvent encore un peu de goût ou qui n'ont d'autres choix que de la mettre en œuvre. En d'autres termes, une procédure technique, destinée à des techniciens. Que reste-t-il aujourd'hui du lien entre la procédure pénale et la justice pénale ? Peu de choses, autant dire, rien.

Longtemps, les lois de procédure pénale ont été révélatrices des tensions politiques, d'une conception bipartite de la justice pénale. Puis les affrontements idéologiques se sont effacés et ceux qui conçoivent les lois, un temps à la recherche d'un équilibre, n'ont finalement rien trouvé. Et pourtant – peut-être par tradition ou par automatisme – chaque législature se doit de mettre au monde une grande loi de procédure pénale. Une loi grande par la taille, mais qui n'est plus porteuse d'ambition. La loi n° 2019-222 du 23 mars

2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice est illustrative d'une législation dont le principal objectif est de produire de nouvelles règles qui s'ajoutent à celles existantes. Cette évolution produit peu à peu un phénomène d'asphyxie procédurale, qui se caractérise par une amplification illimitée des règles et dans lequel la procédure devient autocentrée sur l'institution judiciaire. La matière n'est plus pensée comme un ensemble cohérent, lisible et aisé à mettre en œuvre. La légistique se préoccupe aujourd'hui de recenser les microproblèmes qui se posent aux magistrats et aux enquêteurs et de créer, pour chacun de ces microproblèmes, un nouveau mécanisme procédural censé améliorer la gestion administrative de la procédure. On assiste alors, avec un réel sentiment d'impuissance, à l'apparition d'un pointillisme procédural exacerbé qui réside dans l'idée que chaque problème trouve sa solution dans la technique (I). Ce pointillisme procédural est également mis au service d'une politique visant à accroître les pouvoirs des enquêteurs. Dans ce domaine, le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel diminue la marge de manœuvre du législateur. Celui-ci opère ainsi de façon insidieuse, en utilisant la politique des petits pas. Les techniques d'enquêtes intrusives sont particulièrement marquées par ce phénomène. En apparence, ces techniques ne changent pas, mais leur progression est rampante (II).

I. Tout est dans la technique : le pointillisme procédural exacerbé

« À chaque problème, sa solution technique » : voilà comment l'on pourrait résumer l'esprit de la loi du 23 mars 2019. Cette exacerbation de la technique procédurale s'exprime de deux manières. La première consiste à amplifier les normes de procédure en prévoyant de nouvelles exceptions aux règles existantes, ou en créant des procédures qui s'apparentent à des usines à gaz, le tout ayant pour effet d'accroître la complexité de la matière (A). La seconde repose sur la diversification des voies procédurales. Un acte de procédure, ou un mode de saisine de la juridiction est alors soumis à une pluralité d'options, de sorte que l'on assiste à un véritable éclatement des régimes procéduraux (B).

A - La complexification poussée à l'extrême

La complexification de la procédure n'est pas une fin en soi. Elle ne résulte pas de la volonté perverse du législateur. Elle est souvent la conséquence indésirable d'une intention louable.

Tel est le cas de la lutte contre les constitutions de parties civiles abusives, inutiles, ou vouées à l'échec. La plainte avec constitution de partie civile constitue l'élément fondateur des droits des victimes dans le procès pénal. Elle s'inscrit dans une tradition culturelle forte marquée par le célèbre arrêt Laurent-Atthalin¹. Par la suite, l'état d'esprit du législateur a changé. Le développement des constitutions de partie civile l'a conduit à réguler ce mode d'exercice de l'action de la victime devant les juridictions pénales. Ainsi, la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 a créé un mécanisme de filtrage : la victime doit d'abord déposer une plainte simple, puis patienter durant trois mois dans l'attente de la réaction du procureur de la République, avant de saisir le juge d'instruction. Manifestement ce filtrage

s'est révélé insuffisant. Les travaux parlementaires révèlent ainsi que près d'un quart des instructions sont ouvertes à la suite d'une plainte avec constitution de partie civile et que dans deux tiers des cas, ces instructions se concluent par un non-lieu². Les raisons peuvent être diverses, mais cela montre que la voie de l'instruction n'est pas adaptée à une proportion très significative de plaintes. À cela s'ajoute la volonté politique de réduire la part des instructions dans la masse des procédures pénales engagées. La loi devait donc s'attaquer à ces constitutions de parties civiles vouées à l'échec.

Toutefois, la méthode pour y parvenir était loin d'être évidente, sachant que le droit d'accès à la justice pénale s'analyse en un droit fondamental³, qu'il est ancré dans la tradition française de participation de la victime au procès pénal, et surtout qu'il participe au mouvement de fond qui consiste à accroître la place et les droits de la victime dans le processus pénal. Plusieurs solutions ont été initialement imaginées : augmenter la consignation et donc la charge pécuniaire liée à cette action, accroître le délai d'attente de la victime à la suite de sa plainte simple, ou encore, la contraindre à exercer le recours qui lui est ouvert devant le procureur général⁴. Il s'agissait donc de dissuader la victime de déclencher les poursuites, par l'argent, le temps, ou l'ajout de contraintes procédurales. Toutefois, une autre solution était également envisagée, qui consistait à créer une nouvelle procédure, si possible complexe, peu lisible, et inutile. C'est cette voie qui emporta l'adhésion des parlementaires. Désormais, l'article 86 du code de procédure pénale est enrichi d'un nouveau mécanisme permettant de mettre fin à l'instruction avant que celle-ci n'ait débuté. Lorsque les résultats de l'enquête ont révélé que le suspect (« un majeur mis en cause pour des faits de nature délictuelle ») pouvait faire l'objet de poursuites, le procureur de la République peut solliciter une ordonnance de refus d'informer et inviter la partie civile à

¹ Crim. 8 déc. 1906, Bull. n° 443.

² L. Avia, D. Paris, Rapport fait au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale, 9 nov. 2018, n° 1396 et 1397, p. 301.

³ Bien que ce droit ne soit pas reconnu dans tous les systèmes juridiques.

⁴ L. Avia, D. Paris, Rapport préc. p. 301-302.

saisir la juridiction de jugement par voie de citation directe. Il s'agit là d'une nouvelle machine procédurale, impliquant plusieurs acteurs, soumise à un domaine et à des conditions particulières et dont l'effet est sans rapport avec l'objectif recherché. En effet, le législateur souhaitait dissuader les victimes d'agir devant le juge d'instruction lorsque le non-lieu s'avérait très probable. Mais les cas visés par les textes concernent précisément les affaires pour lesquelles le juge d'instruction devrait renvoyer la personne mise en examen devant le tribunal correctionnel, puisque les preuves sont suffisantes à la fin de l'enquête. La procédure ne vise donc pas les deux tiers des constitutions de parties civiles qui s'achèveront par un non-lieu. Elle concerne les constitutions de parties civiles qui s'achèveront par un renvoi, mais pour lesquelles l'instruction n'était pas nécessaire. Une nouvelle catégorie procédurale apparaît ainsi : la procédure de l'inutile.

Cette catégorie est particulièrement illustrée par une autre innovation de la loi du 23 mars 2019, que l'on pourrait dénommer « procédure de ne rien faire ». Elle concerne la surveillance⁵. Lorsque des OPJ ou des APJ réalisent des opérations de surveillance des réseaux criminels, le code de procédure pénale les autorise à étendre leur compétence à tout le territoire national. Lors de ces opérations, il peut s'avérer nécessaire de neutraliser l'action d'autres services qui pourraient perturber la surveillance. Par exemple, il en serait ainsi des services des douanes, qui, en arrêtant des trafiquants de stupéfiants, empêcheraient des OPJ rattachés à l'office antistupéfiants (Ofast) de suivre les trafiquants, de repérer leurs lieux de stockage ou de livraison, d'identifier leurs complices, leurs fournisseurs, leurs clients, etc. Il est donc nécessaire d'empêcher l'action parasitaire d'autres services. Pour cela, aucune disposition légale n'est nécessaire. Une telle neutralisation relève, en réalité, de la coordination administrative des services et nécessite une bonne communication. Mais le législateur, pris dans sa boulimie normative, ne l'a pas entendu ainsi. Il a créé une disposition spéciale⁶ selon

laquelle les enquêteurs qui opèrent la surveillance peuvent « demander à tout fonctionnaire ou agent public de ne pas procéder au contrôle et à la saisie de ces objets, biens ou produits, afin de ne pas compromettre la poursuite des investigations ». Cette possibilité donnée à un fonctionnaire de demander à un autre de ne rien faire n'a pas sa place dans le code de procédure pénale. C'est une règle qui n'a aucune conséquence juridique. Elle ne porte pas atteinte aux droits de la défense, à la vie privée des individus. Elle n'est pas susceptible d'entraîner la nullité de la procédure. Personne ne pourra exercer un recours pour reprocher à un agent de n'avoir rien fait ! Mais la folie procédurale ne s'arrête pas là. Pour être habilité à demander à un autre fonctionnaire ou agent public de ne rien faire, l'OPJ (ou l'APJ) qui réalise la surveillance doit solliciter l'autorisation du procureur de la République (en enquête) ou du juge d'instruction. Et si le juge d'instruction accorde cette autorisation, il doit encore en aviser préalablement le parquet. Au-delà de l'inutilité de la règle, on imagine aisément la contrainte que va représenter cette procédure sur le plan purement administratif.

En procédure pénale, l'une des fonctions de la loi est de fournir une base juridique et des instruments de contrôle à l'égard des actes d'enquête qui porte atteinte aux droits fondamentaux. C'est là une exigence bien connue. En revanche, le fait qu'une disposition légale ait pour seule finalité d'autoriser un agent à ne pas agir, dépasse l'entendement et illustre de façon caricaturale les dérives de la politique législative en matière pénale.

Les illustrations de ces dérives sont très nombreuses dans la loi du 23 mars 2019. Nous ne les détaillerons pas toutes, mais il est encore possible d'en citer quelques-unes. Celle de l'article 175 du code de procédure pénale est symptomatique. Cette disposition, qui aménage la procédure de fin d'information, contient pas moins de sept délais différents, accordés aux différentes parties, pour effectuer certaines formalités. Ces délais n'ont pas la même durée (10 jours, 15 jours, 1 mois, 3

⁵ C. pr. pén., art. 706-80.

⁶ C. pr. pén., art. 706-80-1 al. 1.

mois) et pas le même point de départ. Certains délais permettent de formuler des observations ou des recours, mais d'autres délais obligent les parties à informer qu'elles vont formuler ces observations ou ces recours. La lecture de l'article 175 donne le tournis tant les formulations sont alambiquées. Par exemple, on peut lire « si les parties ont adressé des observations en application du 1^o du IV » ou encore « à l'issue, selon les cas, du délai d'un mois ou de trois mois prévu aux II et IV, ou du délai de dix jours ou d'un mois prévu aux V et VI ». L'article 175 du code de procédure pénale est proprement incompréhensible. La procédure qu'il institue est d'une complexité aussi extrême qu'inutile. Il s'agit pourtant d'une disposition essentielle pour l'exercice des droits des parties.

Nous prendrons une dernière illustration avec la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. Cette forme de justice négociée est placée sous le contrôle du juge qui doit homologuer la ou les peines proposées⁷. Ce magistrat homologateur est la figure juridictionnelle, en qui le législateur place sa confiance. En réalité, cette confiance apparaît toute relative tant le législateur s'efforce d'encadrer l'exercice du pouvoir juridictionnel. Dès la création de ce mode de comparution, le juge devait constater que la personne poursuivie reconnaissait les faits, mais encore, que la peine proposée était justifiée au regard des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur. Cette définition précise des critères d'homologation ne semblait pourtant pas suffisante. En 2019, le législateur a ajouté au code un article 495-11-1 selon lequel « sans préjudice des cas dans lesquels les conditions prévues au premier alinéa de l'article 495-11 ne sont pas remplies, le président peut refuser l'homologation s'il estime que la nature des faits, la personnalité de l'intéressé, la situation de la victime ou les intérêts de la société justifient une audience correctionnelle ordinaire ou lorsque les déclarations de la victime entendue en application de l'article 495-13 apportent un éclairage nouveau sur les conditions dans lesquelles

l'infraction a été commise ou sur la personnalité de son auteur ». Le contenu de cette disposition frappe. L'idée est pourtant intéressante. Le juge peut refuser d'homologuer la proposition de peine si la CRPC n'est pas adaptée au cas d'espèce. Ni la peine ni la reconnaissance des faits ne sont remises en cause ici, mais l'orientation de l'affaire n'est pas adéquate. En théorie, les choses sont donc assez simples. La CRPC ne peut être homologuée dans trois situations : le prévenu n'a pas reconnu les faits, la peine proposée n'est pas adaptée, ou le recours à la CRPC n'est pas justifié. En pratique, la formulation de l'article peut être tout aussi simple : « le président du tribunal de grande instance ou son délégué refuse d'homologuer la peine proposée lorsque le prévenu n'a pas reconnu les faits au cours de l'audience, ou lorsqu'il estime que la peine n'est pas adaptée ou que le recours à ce mode de comparution n'est pas justifié ». Quatre lignes suffisent donc à régler cette question, là où le législateur accumule les règles, les critères de décisions, indiquant au juge de quelle manière il doit exercer son pouvoir d'homologation.

Cette manière de légiférer fait perdre son sens à l'action législative. Le code de procédure pénale enfle et s'enrichit de détails inutiles, qui seront autant de raisons de contester l'action d'un enquêteur ou la décision d'un juge. La technique procédurale encourage l'attitude procédurière et surtout dilue progressivement la finalité première de la procédure (l'efficacité des actes, la protection des droits), dans une masse normative sans forme, ni sens. Cette boulimie s'observe encore à travers l'éclatement des régimes procéduraux.

B. L'éclatement des régimes procéduraux

L'exposé des motifs de la loi du 23 mars 2019 évoque à de nombreuses reprises l'objectif de simplification. En particulier, cet exposé parle d'une « clarification des règles applicables, en procédant à l'uniformisation, autant que possible, de certains régimes procéduraux ». Dans le même temps, il affiche un objectif contradictoire qui consiste à

⁷ C. pr. pén., art. 495-11.

« ouvrir de nouvelles voies procédurales ». Cette formule élégante dissimule l'éclatement des régimes procéduraux qui entre en opposition frontale avec l'objectif de clarification et d'uniformisation. Ces nouvelles voies procédurales sont, en réalité, des régimes juridiques nouveaux, qui touchent toutes les phases de la procédure.

En premier lieu, durant l'instruction, un nouveau régime d'interception de correspondances par voie de communication électronique est créé. Il concerne les correspondances sur la ligne de la victime⁸. Son domaine ne couvre pas les mêmes infractions que le régime de droit commun. Il est cantonné aux délits punis d'une peine d'emprisonnement commis par voie de communications électroniques. Les modalités, en revanche, sont identiques à celles du droit commun. L'intérêt d'une telle procédure ne va pas de soi. La victime peut librement procéder à l'enregistrement des conversations téléphoniques qu'elle reçoit et peut produire en justice ces enregistrements, de même que les messages écrits ou vocaux conservés par sa messagerie. Malgré cela, le législateur n'a pas hésité à créer une nouvelle voie procédurale pour les écoutes sur la ligne de la victime, à côté de celles existantes en droit commun (durant l'instruction) ou en droit spécial (durant l'enquête). Il existe ainsi aujourd'hui quatre régimes différents : droit commun, droit spécial, sur la ligne de la victime, et émanant de la victime.

En deuxième lieu, la diversification touche les réponses pénales alternatives. En effet, pour pallier la disparition de la transaction pénale, neutralisée par le Conseil d'État⁹, le législateur a créé une procédure de composition pénale sans juge. Cette nouvelle voie procédurale apparaît au détour d'un alinéa de l'article 41-2 du code de procédure pénale et comporte tous les attributs d'une procédure dérogatoire. Son domaine concerne les délits punis d'une peine d'emprisonnement inférieure ou égale à trois ans. Son régime comprend,

d'une part, la dispense de validation juridictionnelle, d'autre part, la restriction des mesures que le procureur est susceptible de proposer (une amende de composition ne dépassant pas 3 000 €, ou l'obligation de se dessaisir de la chose ayant servi à commettre l'infraction ou celle qui en est le produit, pourvu que la valeur de cette chose n'excède pas 3 000 €). Il existe donc aujourd'hui une petite composition pénale, à côté d'une grande composition, mais ces procédures ne partagent pas les mêmes traits. La petite composition pénale se rapproche de la procédure d'amende forfaitaire, alors que la grande composition conserve la structure générale de la réponse pénale alternative : une phase de négociation, la proposition d'une mesure de composition proche d'une peine et une validation juridictionnelle. Le résultat de cette opération conduit bien à un éclatement procédural.

En troisième lieu, l'exemple le plus symptomatique de ce phénomène est sans nul doute la création d'un nouveau mode de comparution dit « différé »¹⁰. En matière correctionnelle, les modes de comparution sont déjà très nombreux : la comparution immédiate, la convocation par procès-verbal, la citation directe et ses dérivés (la convocation par OPJ ou par délégué du procureur), la comparution volontaire, sans oublier la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. Chaque mode de comparution possède son champ d'application qui varie parfois, selon que le délit est flagrant ou non. Certaines comparutions ont lieu à la suite d'une présentation au procureur de la République et d'autres non. Les délais de comparution varient : « sur-le-champ », de deux à six semaines ou encore de dix jours à six mois. Toutefois, cette diversité semblait insuffisante. Pour combler ce vide, le législateur a créé une comparution à délai différé. Cette procédure vise à répondre à une situation très précise : la nécessité de prononcer une mesure de sûreté contre le prévenu, sans saisir le juge d'instruction, dans

⁸ C. pr. pén., art. 100.

¹⁰ C. pr. pén., art. 397-1-1.

⁹ Le Conseil d'État a annulé les décrets d'application, rendant impossible la mise en œuvre de la procédure, CE 24 mai 2017, req. n° 395321.

l'attente des résultats des investigations en cours (analyses sanguines, mesures d'expertises diverses). Il s'agit ici d'une comparution tout à la fois immédiate et différée. En effet, la procédure emprunte les caractéristiques de la comparution immédiate – elle permet le prononcé de mesures de sûreté – mais la comparution peut être reportée dans un délai ne pouvant excéder deux mois.

Dans l'esprit du législateur, la comparution différée s'est imposée comme une nécessité révélée par la pratique des parquets et des juridictions. Elle apparaît légitime, car elle répond à un besoin ressenti sur le terrain. En réalité, ce mode de comparution, qui vient s'ajouter à tant d'autres, révèle un besoin de transformation plus profond et surtout systémique. Avec le déplacement progressif des investigations, de l'instruction vers l'enquête, surgit aujourd'hui une difficulté liée aux mesures de sûreté. Il y a quelques décennies, le juge d'instruction voyait défiler dans son cabinet la majeure partie des délits graves ou complexes. Aujourd'hui, ce contentieux est de plus en plus dévolu aux parquets. Toutefois, l'accroissement des pouvoirs d'enquête et la réduction corrélative des affaires traitées par les juges d'instruction n'ont pas été accompagnés d'un déplacement des mesures de sûreté. Pourtant, lorsque les investigations sont intégralement prises en charges par les parquets, c'est bien durant cette phase de la procédure qu'apparaissent les indices graves et concordants de culpabilité et, corrélativement, le besoin d'avoir recours au contrôle judiciaire et à la détention provisoire. La réalité impose donc aujourd'hui que les mesures de sûreté puissent être ordonnées dès le stade de l'enquête par le juge des libertés et de la détention au cours d'une audience respectant les droits de la défense, et incluant l'accès au dossier.

La question des mesures de sûreté étant identifiée, elle rend inutile la multiplication des modes de comparution. Si l'on met à part la comparution volontaire (qui a lieu à l'audience), il ne devrait rester que deux modes

de comparution : avec et sans reconnaissance de culpabilité. À bien y réfléchir, peu importe qui communique la citation (le procureur, un de ses délégués ou un OPJ) et peu importe que le prévenu soit présenté ou non au procureur de la République. Dans toutes ces hypothèses, le prévenu est cité à comparaître. Toutes les fioritures qui entourent la procédure de comparution ne présentent que peu d'intérêt et maintiennent la saisine du tribunal correctionnel dans un épais brouillard dont on comprend mal les enjeux. Le législateur de 2019 n'a fait qu'y ajouter une couche supplémentaire.

L'éparpillement procédural s'achève en appel. Toujours dans un esprit de « simplicité », la loi du 23 mars 2019 crée une cour d'appel jugeant à juge unique¹¹. Il ne s'agit pas ici d'une nouvelle procédure, puisque l'audience se déroule de façon identique devant la cour d'appel composée d'un ou plusieurs juges. Toutefois, cette nouvelle composition entraîne l'accumulation de règles nouvelles. La formation à juge unique ne peut juger tous les délits, mais seulement ceux visés à l'article 398-1, ainsi que le renvoi d'audience sur l'action civile. Lorsque l'infraction poursuivie entre dans le domaine du juge unique, cette composition doit être écartée lorsque le prévenu est en détention provisoire, ou s'il fait valoir son droit à être jugé en collégialité. Dans les autres cas, le juge unique, lui-même peut estimer nécessaire de renvoyer l'affaire à la composition collégiale « en raison de la complexité des faits ou en raison de l'importance de la peine susceptible d'être prononcée ». Enfin, les parties elles-mêmes, incluant le ministère public, peuvent solliciter le renvoi. Ce jugement à juge unique baigne tout entier dans un enchevêtrement de règles, d'exceptions, de droits et d'invitations, à tel point que le même alinéa prévoit à la fois que le prévenu peut exercer son droit à une juridiction collégiale, à travers une demande expresse, et formuler une « simple demande » au juge (art. 510 *in fine*). Quant aux pouvoirs de la juridiction, ils sont également spécifiques puisque le juge unique ne peut prononcer une peine supérieure à cinq ans. Ainsi l'appel, ce

¹¹ C. pr. pén., art. 510.

rare îlot qui n'avait pas encore été gagné par l'éparpillement procédural, se pare à présent de nouveaux ornements qui relèvent plus de la broderie que de la procédure.

Cette liste à la Prévert, manque de poésie. Elle plonge surtout le processualiste dans un abîme d'incompréhension. Une nouvelle fois, c'est le sens de toutes ces réformes qui est au cœur des interrogations. On mesure bien la recherche d'une certaine forme d'efficacité : juger à juge unique libère du temps ; autoriser les mesures de sûreté durant l'enquête garantit la que la personne suspectée est à la disposition de justice ; faire exécuter une mesure de composition pénale sans juge permet d'éviter un détour par la case « juridiction ». Mais à force de diversifications, de dérogations, de contournements, la procédure pénale se perd réellement dans des méandres et, chemin faisant, c'est le cours de la justice qui est détourné. Dans ce flot de détails, se cachent de nouvelles intrusions.

II. Tout est dans le détail : la progression rampante des procédures intrusives

L'évolution contemporaine de la procédure pénale est marquée par la progression des procédures intrusives. Depuis le début des années 80 et l'apparition des écoutes téléphoniques, ces techniques d'enquêtes n'ont cessé de se développer : sonorisation et fixation d'image, géolocalisation, intrusion dans les systèmes informatiques, *IMSI catcher*. Les atteintes à la vie privée sont presque consubstantielles aux investigations en matière pénale. En effet, la preuve d'une infraction nécessite fréquemment que les enquêteurs pénètrent dans l'intimité des suspects. Alors que l'enquête traditionnelle reposait sur les perquisitions et les gardes à vue, dans l'enquête moderne, le dossier procédural se compose d'une multitude de pièces qui révèlent des informations relatives à

la vie privée de l'individu. La qualité du matériel probatoire repose en grande partie sur ces procédures intrusives. Le législateur accueille avec beaucoup de bienveillance les innovations techniques qui constituent autant d'atteintes aux droits fondamentaux. Toutefois, la stratégie pour intégrer ces instruments probatoires est insidieuse pour satisfaire aux exigences du Conseil constitutionnel ou de la Cour européenne des droits de l'homme.

Ainsi, les réformes sont progressives et suivent un processus réfléchi. Dans un premier temps, une technique intrusive est introduite en douceur : elle relève de la compétence du juge d'instruction et elle concerne ainsi un volume restreint d'affaires. Le législateur peut également limiter la mesure intrusive à un type de criminalité, qui se caractérise par une certaine gravité ou complexité. Dans un second temps, une fois que la technique probatoire a fait preuve de son efficacité et qu'elle est bien installée dans l'environnement pénal, le législateur étend progressivement son champ d'application. D'une part, la mesure devient applicable durant la phase d'enquête. D'autre part, le législateur ouvre la liste des infractions susceptibles d'être prouvées par cette technique. Cette manœuvre – dites du « pied dans la porte » et bien connue dans le domaine de la psychologie¹² – est ici utilisée par le législateur avec un certain succès. On a ainsi vu les écoutes téléphoniques¹³, puis les sonorisations et captations d'image¹⁴, se déplacer de l'instruction à l'enquête au motif qu'il serait dommageable d'ouvrir une instruction – longue, lourde et onéreuse – uniquement pour réaliser de tels actes.

La loi du 23 mars 2019 s'intègre parfaitement dans ce mouvement d'extension des mesures intrusives. En voici quelques exemples. La géolocalisation en temps réel était réservée aux infractions punies d'une peine supérieure ou égale à 5 ans d'emprisonnement. Ce seuil est abaissé à

¹² R.-V. Joule, J.-L. Beauvois, *Petit traité de manipulation à l'usage des honnêtes gens*, PUG, 2014, 3^e éd.

¹³ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

¹⁴ Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale.

3 ans¹⁵. Cette diminution du seuil concerne également les perquisitions faites sans l'assentiment de la personne concernée durant l'enquête préliminaire (de 5 à 3 ans)¹⁶. Certaines techniques spéciales d'enquêtes, qui étaient dédiées à la lutte contre la criminalité organisée, peuvent aujourd'hui être mises en œuvre de façon plus générale à l'égard de tous les crimes. Tel est le cas de l'accès à distances des communications électroniques accessibles au moyen d'un identifiant informatique¹⁷. L'enquête sous pseudonyme, qui concernait une liste limitative d'infractions, est intégrée dans les dispositions probatoires communes (C. pr. pén., livre I, titre IV) et elle concerne désormais la constatation de tous les crimes et délits commis par la voie des communications électroniques, lorsqu'ils sont punis d'une peine d'emprisonnement¹⁸. Parallèlement à l'extension du domaine des mesures intrusives, le législateur a permis aux agents de police judiciaire de prendre des réquisitions, alors que ce pouvoir était dévolu aux officiers de police judiciaire¹⁹.

Prises isolément, toutes ces modifications sont minimales. En réalité, elles participent à un mouvement de fond. Le législateur pratique la politique des petits pas. Les techniques intrusives concernent un nombre croissant d'infractions, elles peuvent être mises en œuvre par un nombre croissant de personnes, et la plupart d'entre elles sont désormais applicables durant l'enquête. On trouve ici autant d'illustrations du mouvement plus général de déplacement des investigations de l'instruction vers l'enquête. Méfiant à l'égard du risque de censure, le législateur avance en rampant. La manœuvre n'est pourtant pas anodine, et le Conseil constitutionnel ne s'y laisse pas prendre. Il examine chaque intrusion et exerce un contrôle étroit qui semble indiquer que le législateur aurait atteint et parfois dépassé les limites.

Quatre censures figurent dans la décision du 21 mars 2019²⁰ concernant les mesures

intrusives. Elles concernent l'extension du domaine des interceptions de correspondance et des techniques spéciales d'enquête ; la possibilité pour un OPJ de prendre certaines réquisitions en enquête préliminaire ; l'allongement de la durée de l'enquête de flagrance et enfin ; la possibilité de pénétrer dans un domicile aux fins d'exécution d'un ordre de comparaître. La décision du 21 mars 2019 est riche en enseignements, car elle montre que le Conseil constitutionnel se révèle aussi technicien et soucieux des détails que le législateur. Plus précisément, le juge constitutionnel décide de se placer sur le même terrain que le parlement : celui du pointillisme. Il est d'ailleurs incité à le faire par les auteurs des différentes saisines, qui ont remis en cause chaque détail de la loi qui leur paraissait discutable du point de vue des droits fondamentaux.

Le Conseil constitutionnel examine chaque grief tiré de la violation du droit au respect de la vie privée en utilisant la méthode classique du contrôle de proportionnalité. Pour motiver sa censure, il ne cherche pas une disproportion manifeste, mais se réfère plutôt à une pluralité de facteurs.

D'abord, il mesure le niveau de l'intrusion. Il considère ainsi que les techniques spéciales d'enquête « présentent un caractère particulièrement intrusif » ou que les réquisitions de l'article 77-1-1 de code de procédure pénale peuvent « porter sur toute information relative à la vie privée et être adressées à toutes personnes ». Il relève encore que l'enquête de flagrance donne à l'OPJ le pouvoir de procéder à des perquisitions, saisies, ou encore opérations de prélèvements externes et enfin que l'autorisation de pénétrer dans un domicile qui accompagne la mesure de comparution forcée concerne toutes les personnes soupçonnées d'avoir commis ou tenté de commettre un crime ou tout délit puni d'une peine d'au moins trois ans

¹⁵ C. pr. pén., art. 230-32.

¹⁶ C. pr. pén., art. 76.

¹⁷ C. pr. pén., art. 706-95-1 et 706-95-2.

¹⁸ C. pr. pén., art. 230-6.

¹⁹ C. pr. pén., art. 60 à 60-3 et 76-2 à 77-1-3.

²⁰ Cons. const. 21 mars 2019, n° 2019-778 DC, Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

d'emprisonnement et permet à l'OPJ d'entrer dans tout domicile, y compris celui d'un tiers.

Ensuite, le Conseil s'intéresse à la nature et à la gravité de l'infraction. Par exemple, il estime que les techniques spéciales d'enquêtes doivent être réservées aux infractions qui présentent une certaine complexité, c'est-à-dire liées à la criminalité organisée. En revanche, ces techniques ne peuvent être étendues à tous les crimes, lesquels satisfont au critère de la gravité, mais ne présentent pas tous un degré suffisant de complexité pour justifier le recours aux techniques spéciales. Dans le même esprit, il estime que la tentative d'extension des interceptions de correspondance durant l'enquête à tous les crimes et délits punis de trois ans d'emprisonnement n'est pas proportionnée dans la mesure où les infractions concernées ne présentent pas toutes « une particulière gravité et complexité de nature à justifier le recours à une telle mesure ».

Enfin, il examine avec beaucoup de soin l'étendue du contrôle exercé par l'autorité judiciaire. Par exemple, il exige que le contrôle soit effectué par un magistrat du siège, ce qui n'était pas le cas s'agissant de l'autorisation de pénétrer dans un domicile aux fins d'exécution d'un ordre de comparaître. Pour les procédures les plus intrusives, telles que les interceptions de correspondance et les techniques spéciales d'enquête, il considère que le juge doit avoir accès à l'intégralité du dossier de l'enquête, qu'il dispose de la possibilité de suivre le déroulement des investigations et du pouvoir de les interrompre à tout moment. Pour les techniques d'enquête ordinaire, il s'intéresse au contrôle exercé par le procureur de la République. Il refuse ainsi qu'une enquête de flagrance de 16 jours soit généralisée en matière de criminalité organisée, car durant ce délai, l'OPJ peut réaliser de nombreux actes intrusifs « sans autorisation judiciaire ».

Le résultat de ce contrôle se caractérise par des censures pointilleuses. Par exemple, l'enquête de flagrance peut se poursuivre durant 8 jours et elle peut être renouvelée pour la même durée sur décision du procureur de la

République pour tous les crimes et délits punis d'une peine supérieure ou égale à 5 ans d'emprisonnement²¹. La loi soumise au contrôle de constitutionnalité ne prévoyait qu'une modification minimale de ce dispositif, puisqu'il s'agissait de réunir les deux périodes de 8 jours en une seule de 16 jours, et ce, uniquement en matière de criminalité organisée. Certes, le contrôle du procureur de la République à l'issue de la première période avait disparu, mais on pouvait considérer que la modification législative n'était pas significative. Cela n'a pas empêché le juge constitutionnel de censurer cette tentative d'accroître la durée de la flagrance, en considérant que les « pouvoirs attribués aux enquêteurs en flagrance [...] ne sont justifiés que par la proximité avec la commission de l'infraction ». L'analyse est la même à l'égard du pouvoir de réquisition. En enquête préliminaire, ce pouvoir est dévolu au procureur de la République, alors qu'en enquête de flagrance, les OPJ peuvent prendre eux-mêmes certains types de réquisitions. Le législateur a tenté de remettre en cause cet équilibre en confiant aux OPJ le pouvoir de prendre les réquisitions de l'article 77-1-1 durant l'enquête préliminaire et sans autorisation du procureur de la République. Ici encore, l'équilibre général de la procédure ne subissait pas un bouleversement profond, mais le Conseil constitutionnel a considéré que le législateur avait méconnu l'exigence de direction et de contrôle de l'autorité judiciaire sur la police judiciaire.

Ce contrôle approfondi et minutieux montre, d'une part, que la politique des petits pas menée par le législateur est mise en échec par un Conseil constitutionnel qui adopte une attitude similaire. À l'excès de procédure, ce dernier répond par un excès de contrôle. Plus le législateur avance en rampant, plus le juge constitutionnel se met à sa hauteur. D'autre part, la décision du 21 mars 2019 enseigne que sur bien des questions, la procédure pénale a atteint les limites de l'acceptable en termes d'atteintes aux droits fondamentaux.

²¹ C. pr. pén., art. 53.

En définitive, la loi du 23 mars 2019 donne l'image d'un législateur qui n'a pas pris la mesure de la tâche à accomplir. Après quelques décennies d'affrontements politiques et de recherche d'un équilibre, toujours instable en la matière, une nouvelle période s'ouvrait pour la procédure pénale, celle de la reconstruction, c'est-à-dire de la réécriture du code. Il ne s'agissait plus de savoir si les droits de la défense allaient encore progresser ou si de nouvelles mesures répressives allaient être mises en place. Il s'agissait au contraire de prendre l'existant, de le réduire, de le simplifier et de lui apporter une architecture cohérente. En s'engageant dans la voie opposée, celle des détails et de l'éparpillement procédural, le législateur a raté son rendez-vous. Plutôt qu'une réforme de la justice, cette loi offre un agglomérat de règles nouvelles qui viennent s'entasser sur celles existantes et produisent une sensation d'asphyxie procédurale. En manque d'air, le processualiste se surprend à rêver d'un nouveau code de procédure pénale.