



France

Bertrand de Lamy

DANS **REVUE DE SCIENCE CRIMINELLE ET DE DROIT PÉNAL COMPARÉ 2016/2 N° 2**, PAGES 393 À 409
ÉDITIONS **DALLOZ**

ISSN 0035-1733

ISBN 9782995516025

DOI 10.3917/rsc.1602.0393

Date de mise en ligne : 01/04/2019

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-de-science-criminelle-et-de-droit-penal-compare-2016-2-page-393?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Dalloz.

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur cairn.info/copyright.

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

Chronique de droit pénal constitutionnel

France

Bertrand de Lamy

Professeur à l'Université
Toulouse I Capitole, IRDEIC

1. Juridictionnalisation de la procédure pénale : l'aventureuse constitutionnalisation du « droit à »

(Cons. const., 20 novembre 2015, n° 2015-499 QPC, D. 2016. 51, note C. Courtin)

La décision rendue par le Conseil constitutionnel le 20 novembre 2015 est de celles dont on se demande si elle est animée d'une formidable audace ou si elle pêche par une imprudente méconnaissance de la matière dans laquelle elle intervient. La portée de la décision d'inconstitutionnalité peut, en effet, potentiellement bouleverser très profondément la procédure pénale.

La disposition attaquée est pourtant discrète, ne déchaînant pas un contentieux passionné parce qu'elle n'est pas un pivot du procès, mais règle un point technique sans incidence directe sur l'équilibre de la procédure et l'issue de celle-ci.

En l'occurrence, l'article 308 du code de procédure pénale intéresse les enregistrements lors des procès d'assises. Après avoir interdit ceux-ci sous peine d'amende, le texte prévoit deux exceptions. La première assure l'enregistrement sonore des débats sous le contrôle du Président de la juridiction, sans qu'il soit nécessaire de le lui demander. La

seconde permet, sur l'ordre du Président, l'enregistrement audiovisuel de l'audition ou de la déposition de la victime ou de la partie civile à la demande de celle-ci ; l'objectif est ici d'éviter aux victimes et parties civiles de crimes sexuels d'avoir à réitérer de pénibles déclarations lors d'un appel ou de renvoi après cassation ; elles peuvent, par conséquent, en demander l'enregistrement audiovisuel et être interrogées après son visionnage¹.

Les alinéas suivants de l'article 308 donnent des précisions quant aux scellés contenant les enregistrements, et indiquent également l'utilisation qui peut en être faite.

Le dernier alinéa pose que « les dispositions ci-dessus ne sont pas prescrites à peine de nullité de la procédure ». Effectivement, les dispositions de l'article 308 du code de procédure pénale ne sont prescrites qu'à titre de preuve complémentaire, puisque les déclarations sont bien faites physiquement par les intéressés.

(1) J.-Cl., *Cour d'assises*, fasc. 20, H Angevin, n° 104.

Un individu, formant un pourvoi en cassation après une condamnation à quinze ans de réclusion criminelle du chef de violences aggravées ayant entraîné une infirmité permanente, formula, contre ce dernier alinéa, une Question Prioritaire de Constitutionnalité, qui reçut bon accueil de la chambre criminelle de la Cour de cassation puisque celle-ci la jugea sérieuse. Pour la Haute juridiction, « [...] le dernier alinéa de cet article, en ce qu'il permet de déroger au principe d'enregistrement sonore des débats de manière discrétionnaire, est susceptible de porter atteinte au droit à un recours effectif et au principe d'égalité entre les justiciables ». Admettra-t-on demain la mise en cause, pour les mêmes raisons, de la dernière phrase de l'article 567-1-1 du code de procédure pénale en ce qu'il permet à une formation de trois magistrats de déclarer non-admis les pourvois « non fondés sur un moyen sérieux de cassation », motif trop large et imprévisible, qui réclamerait précisément un débat... ?

Dans tous les cas, la présente affaire vient devant le Conseil constitutionnel qui, à la suite d'une motivation lourde de conséquences pour la procédure pénale, conclut à l'inconstitutionnalité du dernier alinéa de l'article 308 du code de procédure pénale. En effet, la décision paraît impliquer une extension du droit au recours juridictionnel (I) et fonder un droit à l'action en nullité des actes de procédure (II).

I - Vers l'extension du droit constitutionnel au recours juridictionnel

Le Conseil constitutionnel tire de l'article 16 de la Déclaration des droits de

l'homme que « sont garantis par cette disposition le droit des personnes intéressées à exercer un recours juridictionnel effectif ainsi que le respect des droits de la défense qui implique le droit à une procédure juste et équitable »². Ce droit au recours repose, pour le Conseil, sur les dispositions de l'article 308 du code de procédure pénale, énumérant les hypothèses d'utilisation des enregistrements, dont il résulte « que le législateur a conféré aux parties un droit à l'enregistrement sonore des débats de la cour d'assises »³. Dit autrement, le droit au recours implique l'identification préalable « d'un droit à », tiré des dispositions substantielles. Outre que l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme, devenu le siège des garanties de procédure, n'a jamais eu cette teneur dans le texte historique qui le dotait clairement d'un sens politique⁴, les affirmations du Conseil constitutionnel dans la présente décision sont très aventureuses.

Sans doute l'enregistrement sonore des débats est-il obligatoire, et doit être ordonné sous le contrôle du Président de la Cour d'assises. Sans doute également, l'alinéa 4 de l'article 308 du code de procédure pénale pose que « L'enregistrement sonore ou audiovisuel peut être utilisé devant la cour d'assises, jusqu'au prononcé de l'arrêt ; s'il l'est au cours de la délibération, les formalités prévues au troisième alinéa de l'article 347 sont applicables. L'enregistrement sonore ou audiovisuel peut également être utilisé devant la cour d'assises statuant en appel, devant la cour de révision et de réexamen saisie d'une demande en révision, ou, après cassation ou annulation sur demande

- (2) Déjà : Cons. Const. 9 avr. 1996, n° 96-373 DC : « Considérant qu'aux termes de l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen : "Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution" ; qu'il résulte de cette disposition qu'en principe il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction ». Le droit au recours peut, pour autant, être encadré : v. Cons. const., 30 juill. 2010, n° 2010-19/27 QPC, consid. 9, Constitutions 2010. 595, obs. C. de La Mardière.

(3) C'est nous qui soulignons.

(4) Art. 16 DDH : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ».

en révision, devant la juridiction de renvoi » ; mais résulte-t-il de ces dispositions un « droit à » ?

Ces dispositions ne font que régir un dispositif probatoire. Une circulaire indique d'ailleurs « Comme cela a été indiqué au cours des travaux parlementaires, cet enregistrement sonore à vocation à être utilisé le cas échéant dans une éventuelle procédure de révision, afin de déterminer, ce que ne permet pas le plus souvent la simple lecture du procès-verbal des débats, si un élément présenté comme nouveau à l'appui de la demande de révision a ou non été débattu par la cour d'assises et porté à la connaissance des jurés. L'objet de cet enregistrement n'est donc pas de renforcer l'exercice des droits de la défense au cours du procès d'assises »⁵. La systématisation de l'enregistrement sonore des débats a pour raison d'être la facilitation du travail des magistrats saisis d'une demande de révision ou en réexamen et qui cherchent à apprécier le caractère nouveau de l'élément invoqué par le requérant⁶. Or, en l'espèce le requérant a formé une QPC lors d'un pourvoi en cassation contre sa condamnation par une cour d'assises et non lors

d'un recours en révision ou en réexamen, il n'y avait donc aucun « droit à » effectivement en cause.

Faut-il désormais considérer que toute disposition de procédure pénale doit donner lieu à une possibilité de recours juridictionnel ? On imagine le bouleversement que cela causerait, en particulier, à l'enquête car à l'heure actuelle l'individu connaissant d'une perquisition irrégulière à son domicile ou d'une garde à vue ne respectant pas le code de procédure pénale n'a aucune possibilité de saisir un juge dans l'immédiat, et sera privé de tout recours si l'enquête n'aboutit pas au déclenchement de l'action publique. Les nullités de l'enquête étant examinées soit par les juridictions correctionnelles et de police, soit par la chambre de l'instruction, si une information est ouverte⁷.

À suivre le Conseil constitutionnel, l'enquête fourmille de « droit à », curieuse notion en procédure pénale, pouvant finalement s'appliquer à la mise en œuvre de toute disposition intéressant un individu. Pour ne citer que quelques exemples, les articles 61-1⁸ et suivants du code de procédure pénal relatifs

(5) Circulaire du 24 sept. 2014 de présentation des dispositions de procédure pénale de la loi n° 2014-640 du 20 juin 2014 relative à la réforme des procédures de révision et de réexamen d'une condamnation pénale définitive NOR : JUSD1422669C.

(6) Ass Nat, rapport par Alain Tourret, n° 1957.

(7) Crim. 30 juin 1987, Bull. crim. n° 276.

(8) C. pr. pén., art. 61-1 : « La personne à l'égard de laquelle il existe des raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction ne peut être entendue librement sur ces faits qu'après avoir été informée :

1° De la qualification, de la date et du lieu présumés de l'infraction qu'elle est soupçonnée d'avoir commise ou tenté de commettre ;

2° Du droit de quitter à tout moment les locaux où elle est entendue ;

3° Le cas échéant, du droit d'être assistée par un interprète ;

4° Du droit de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui sont posées ou de se taire ;

5° Si l'infraction pour laquelle elle est entendue est un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement, du droit d'être assistée au cours de son audition ou de sa confrontation, selon les modalités prévues aux articles 63-4-3 et 63-4-4, par un avocat choisi par elle ou, à sa demande, désigné d'office par le bâtonnier de l'ordre des avocats ; elle est informée que les frais seront à sa charge sauf si elle remplit les conditions d'accès à l'aide juridictionnelle, qui lui sont rappelées par tout moyen ; elle peut accepter expressément de poursuivre l'audition hors la présence de son avocat ;

6° De la possibilité de bénéficier, le cas échéant gratuitement, de conseils juridiques dans une structure d'accès au droit.

La notification des informations données en application du présent article est mentionnée au procès-verbal.

Si le déroulement de l'enquête le permet, lorsqu'une convocation écrite est adressée à la personne en vue de son audition, cette convocation indique l'infraction dont elle est soupçonnée, son droit d'être assistée par un avocat ainsi que les conditions d'accès à l'aide juridictionnelle, les modalités de désignation d'un avocat d'office et les lieux où elle peut obtenir des conseils juridiques avant cette audition.

Le présent article n'est pas applicable si la personne a été conduite, sous contrainte, par la force publique devant l'officier de police judiciaire. »

à l'audition libre, l'article 62-2 et suivants traitant de la garde à vue, et plus largement toutes les dispositions encadrant les actes d'investigations en aménageant des garanties pour l'intéressé seraient des « droits à ». Faut-il considérer que le Conseil constitutionnel exige un recours juridictionnel effectif – c'est-à-dire au moment de l'enquête – contre ces dispositions dont la lettre ne serait pas scrupuleusement respectée ? La généralité de la motivation de la décision pourrait le laisser penser en ce qu'elle tire de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme « un droit des personnes intéressées à exercer un recours juridictionnel effectif », et qu'à propos de l'article 308 du code de procédure pénale discuté, le Conseil conclut à son inconstitutionnalité en expliquant « qu'en interdisant toute forme de recours en annulation en cas d'inobservation de cette formalité, les dispositions contestées méconnaissent les exigences de l'article 16 de la Déclaration de 1789 ». Sans doute, le parallèle entre l'article 308 du code de procédure pénale et la phase d'enquête peut paraître délicat dès lors que les règles d'enquête peuvent donner lieu à un recours en nullité, si l'action publique est mise en mouvement. Cependant, le Conseil constitutionnel ne semble pas entrer dans cette considération, comme le montraient déjà des décisions de 2014.

Le Professeur Botton⁹ avait parfaitement annoncé cette tendance jurisprudentielle, invoquant deux décisions d'inconstitutionnalité fondées sur l'article 16.

La première intéresse une disposition du code du travail permettant aux OPJ, en enquête préliminaire, et sur ordonnance du président du tribunal de grande

instance, de procéder, sur les lieux de travail qu'ils soient ou non habités, à des visites domiciliaires, perquisitions et saisies sans l'assentiment de l'intéressé ; or, pour le Conseil « en l'absence de mise en œuvre de l'action publique conduisant à la mise en cause d'une personne intéressée par une visite domiciliaire, une perquisition ou une saisie autorisées en application des dispositions contestées, aucune voie de droit ne permet à cette personne de contester l'autorisation donnée par le président du tribunal de grande instance ou son délégué et la régularité des opérations de visite domiciliaire, de perquisition ou de saisie mises en œuvre en application de cette autorisation »¹⁰. Dans la seconde décision était critiqué l'article 41-4 du code de procédure pénale permettant au procureur de la République d'ordonner, sans possibilité de recours, la destruction des biens meubles saisis au cours de l'enquête dès lors qu'ils sont dangereux, nuisibles ou que leur détention est illicite ; pour le Conseil « en permettant la destruction de biens saisis, sur décision du procureur de la République, sans que leur propriétaire ou les tiers ayant des droits sur ces biens et les personnes mises en cause dans la procédure en aient été préalablement avisés et qu'ils aient été mis à même de contester cette décision devant une juridiction afin de demander, le cas échéant, la restitution des biens saisis, les dispositions du quatrième alinéa de l'article 41-4 du code de procédure pénale ne sont assorties d'aucune garantie légale ; qu'elles méconnaissent les exigences découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789 »¹¹.

Peut-on cantonner la portée de ces décisions soit au regard de l'objet de la mesure contestée, soit compte tenu de la qualité de l'autorité intervenant ?

- (9) A. Botton, *Le rôle du Conseil constitutionnel dans le processus de juridictionnalisation de l'enquête pénale*, Cujas, 2015, p. 55 et spéc. p. 63 s.
- (10) Cons. const., 4 avr. 2014, n° 2014-387 QPC, consid. 7, D. 2014. 829 ; *ibid.* 2015. 1457, obs. L. Gay et A. Mangiavillano ; Dr. soc. 2014. 948, chron. R. Salomon ; RSC 2014. 361, obs. A. Cerf-Hollender.
- (11) Cons. const., 11 avr. 2014, n° 2014-390 QPC, consid. 5, D. 2014. 873 ; *ibid.* 2015. 1457, obs. L. Gay et A. Mangiavillano ; AJ pénal 2014. 368, obs. P. Belloir.

La première piste ne paraît pas permettre de limitation puisque sont en cause, à la fois, des mesures de destruction de biens et des mesures touchant aux preuves. Le Conseil ne prête aucune attention au fait que les mesures mettent ou non en cause la liberté individuelle.

La seconde piste est à peine plus satisfaisante. Effectivement, les deux décisions de 2014, ainsi que celle ici commentée, paraissent avoir un point commun : dans les trois cas, est en cause une mesure ordonnée par un magistrat, du siège ou du parquet – ou contrôlée par lui. Ainsi, seraient alors à l’abri d’une obligation de droit au recours juridictionnel les mesures ordonnées par les seuls Officiers de police judiciaire, telle une audition libre. Il n’empêche que l’incidence de la présente décision est potentiellement importante, non seulement, en impliquant un recours contre les mesures autorisées lors de l’enquête, par le JLD¹², mais également contre celles ordonnées ou contrôlées par le parquet. On pensera ici à la décision de mise en garde à vue définie par l’article 62-2 du code de procédure pénale comme « une mesure de contrainte décidée par l’Officier de police judiciaire, sous le contrôle de l’autorité judiciaire [...] ».

Ce processus de juridictionnalisation alourdirait et allongerait considérablement l’enquête ; reste à voir si le Conseil trouvera un critère permettant de cantonner ses décisions.

On rejoindra les conclusions du Professeur Botton selon qui « le droit à un recours juridictionnel effectif pourrait très bien être le nouveau moteur d’une exigence constitutionnelle d’intervention du juge au cours de l’enquête »¹³. L’enquête serait alors non seulement alourdie, mais encore fragilisée puisque le Conseil semble, avec le droit au recours, garantir un droit à l’action en nullité des actes de procédure.

II - Vers la constitutionnalisation du droit d’action en nullité

Le droit des nullités est l’une des questions les plus complexes de la procédure pénale dont il constitue l’un des principaux points d’équilibre. Multiplier les hypothèses de nullité fragilise assurément les poursuites en délaissant le fond de l’affaire pour se focaliser sur des discussions de pure forme, mais restreindre les hypothèses de nullité revient à faire peu de cas du principe légaliste de la procédure pénale en laissant sans sanction le non-respect du cadre légal ayant pour raison d’être le respect des droits des justiciables.

- (12) Par ex. l’art. 76 C. pr. pén. permet, lors de l’enquête préliminaire, une perquisition sans l’assentiment de l’intéressé « si les nécessités de l’enquête relative à un crime ou à un délit puni d’une peine d’emprisonnement d’une durée égale ou supérieure à cinq ans l’exigent ou si la recherche de biens dont la confiscation est prévue à l’article 131-21 du code pénal le justifie », si le JLD, sur requête du ministère public, l’a autorisé ou encore l’art. 706-88 C. pr. pén. permettant au JLD de prolonger la garde à vue au-delà de 48 heures dans les régimes dérogatoires ou encore l’article 706-89 C. pr. pén. permettant au JLD d’autoriser les perquisitions hors des heures légales en matière de délinquance organisée. Plus largement sur les pouvoirs du JLD lors de l’enquête : C. Mathon et M. Monnoyeur, La diversité des manifestations de la juridictionnalisation, in *La juridictionnalisation de l’enquête pénale*, Cujas, 2015, p. 119 et spéc. p. 127.
- (13) *Op. cit.*, p. 66. Pour la position de la CEDH, v. par ex. 18 juin 2015, n° 61265/10, *Sté Bouygues Construction*, § 20 : « La Cour rappelle que, selon sa jurisprudence constante, en matière de visite domiciliaire, les personnes concernées doivent pouvoir obtenir un contrôle juridictionnel, en fait comme en droit, de la régularité de la décision prescrivant la visite ainsi que, le cas échéant, des mesures prises sur son fondement ; le ou les recours disponibles doivent permettre, en cas de constat d’irrégularité, soit de prévenir la survenance de l’opération, soit, dans l’hypothèse où une opération jugée irrégulière a déjà eu lieu, de fournir à l’intéressé un redressement approprié (21 févr. 2008, n° 18497/03, *Ravon et autres c/ France*, § 28). » En l’espèce était en cause une disposition du code de commerce permettant aux agents de la DGCCRF de procéder à des visites domiciliaires et saisies sur autorisation du JLD dans le cadre d’une enquête demandée par le Ministère de l’Économie ; l’ordonnance du JLD pouvait faire l’objet d’un pourvoi en cassation mais non d’un recours de pleine juridiction permettant une contestation en droit et en fait.

La prudence l'a emporté sur la prévisibilité en la matière, puisque les cas de nullité textuelle sont limités et que le législateur a entendu laisser l'initiative au juge qui peut créer des nullités substantielles, catégorie dont l'existence est reconnue par la loi¹⁴.

En l'occurrence, le législateur a entendu bannir la nullité de l'article 308 du code de procédure pénale, la raison tenant à la crainte qu'une défaillance technique de l'appareil d'enregistrement soit à l'origine de l'annulation d'un procès d'assises.

Reste que l'on peut se demander si, en l'absence de cette interdiction, la jurisprudence aurait érigé le défaut d'enregistrement sonore en nullité substantielle. La Cour de cassation ne donne pas de définition de cette catégorie dont le contenu fluctue au gré des arrêts. Seraient substantielles les règles essentielles de la procédure pénale, consistant en des prescriptions nécessaires à la garantie d'un procès équitable, notamment à la protection des droits de la défense, soit en des règles d'ordre public établies dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, telles les règles de compétence¹⁵. La règle de l'article 308 du code de procédure pénale pourrait-elle figurer dans cette catégorie ? Compte tenu du flou entourant cette jurisprudence, la réponse est particulièrement délicate, les juges, d'ailleurs, préférant le plus souvent éluder ce point pour écarter la nullité demandée sur un autre terrain plus identifiable : celui du grief.

À ce propos, la décision demeure heureusement muette : le Conseil demande au législateur de ne pas écarter la possibilité d'une action en nullité, mais finalement il n'exige pas l'édiction d'une nul-

lité textuelle, laissant intacte la catégorie des nullités substantielles, et ne donne pas non plus d'indication sur les conditions de la nullité, qui peut donc réclamer la preuve d'un grief, ou reposer sur une présomption de grief ou encore être d'ordre public selon une ventilation strictement jurisprudentielle n'échappant pas totalement à la divination.

La décision du 20 novembre 2015 n'étonne pas sur ce point. Le Conseil avait en effet déjà censuré le législateur qui souhaitait écarter l'action en nullité. Le texte de 2004, relatif à la lutte contre la criminalité organisée, prévoyait en effet un certain nombre de mesures d'investigations exceptionnelles et posait que si, à l'issue de l'enquête ou de l'instruction ou encore devant la juridiction de jugement, la circonstance aggravante de bande organisée, indispensable pour que la qualification relève de la délinquance organisée, n'était finalement pas retenue, il n'en résulterait aucune nullité des actes régulièrement accomplis. Ce texte couvrait alors de possibles détournements de procédure consistant à retenir une qualification permettant la mise en œuvre d'une procédure dérogatoire alors qu'aucun fait apparent ne le permettait. Le Conseil dit clairement que « si le législateur pouvait exonérer de nullité les actes d'enquête ou d'instruction dès lors que la circonstance aggravante de bande organisée paraissait caractérisée à la date où ils ont été autorisés, il ne pouvait exonérer, de façon générale, des actes qui auraient été autorisés en méconnaissance des exigences susmentionnées »¹⁶. La décision de 2015 va au-delà de cette solution à deux égards. D'une part, la décision de 2004 paraît laisser la liberté au législateur d'exclure la nullité des actes d'enquête et d'ins-

(14) V. l'art. 171 C. pr. pén. et l'art. 802 C. pr. pén. qui envisage les nullités à la fois « en cas de violation des formes prescrites par la loi » mais également « d'inobservation des formalités substantielles ».

(15) F. Desportes et L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, Economica, 2013, n° 2012.

(16) Cons. const., 2 mars 2004, n° 2004-492 DC, consid. 70, D. 2004. 2756, obs. B. de Lamy ; *ibid.* 956, chron. M. Dobkine ; *ibid.* 1387, chron. J.-E. Schoettl ; *ibid.* 2005. 1125, obs. V. Ogier-Bernaude et C. Severino ; RSC 2004. 725, obs. C. Lazerges ; *ibid.* 2005. 122, étude V. Bück ; RTD civ. 2005. 553, obs. R. Encinas de Munagorri.

truction à condition que cette exclusion soit au cas par cas et ne couvre pas un détournement de procédure en éludant le critère de l'apparence. La décision de 2015, paraît, quant à elle, prohiber toute interdiction de l'action en nullité.

D'autre part, en faisant reposer l'action en nullité sur un droit au recours juridictionnel effectif, alors qu'en 2004 le Conseil expliquait « les procédures spéciales définies par l'article 1^{er} de la loi déferée sont de nature à affecter gravement l'exercice de droits et libertés constitutionnellement protégés, tels que la liberté individuelle, l'inviolabilité du domicile et le secret de la vie privée ; que l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, ne saurait dès lors autoriser leur utilisation que dans la mesure nécessaire à la recherche des auteurs d'infractions particulièrement graves et complexes, elle-même indispensable à la sauvegarde de principes et droits de valeur constitutionnelle ». L'action en nullité a donc changé de fondement semble-t-il, passant du souci de sanctionner une atteinte à une liberté

ou un droit constitutionnel, à un véritable droit au recours. Autrement dit, la décision de 2015 assure la promotion de l'action en nullité conçue désormais, en elle-même, comme un « droit au recours » et non plus comme la conséquence nécessaire d'une atteinte à un droit ou principe de rang constitutionnel.

La présente décision doit-elle conduire le législateur à prévoir un recours en nullité lors de l'enquête ? La question semble légitime.

En attendant une réponse législative, les avocats peuvent alimenter grâce, au raisonnement du Conseil, bien des Questions Prioritaires de Constitutionnalité dont par exemple celle qui mettrait, enfin en cause, les pouvoirs du Président de la chambre de l'instruction qui peut déclarer irrecevable la requête en nullité, par une ordonnance non susceptible de recours¹⁷.

À moins que le Conseil ne trouve la subtile distinction permettant de refermer la boîte de Pandore du « droit à »...¹⁸

2. L'effet rebond de l'inconstitutionnalité de la garde à vue en matière d'escroquerie en bande organisée

[Cons. const., 11 décembre 2015, n° 2015-508, AJ pénal 2016. 77, note J.-B. Perrier ; Constitutions 2015. 652, Décision C. de Gaudemont]

Dans sa décision du 9 octobre 2014¹⁹, citée dans celle commentée ici, le Conseil constitutionnel avait déclaré contraire à la Constitution le 8° bis de l'article 706-73 du code de procédure pénale. Cet article énumère les incriminations relevant du régime procédural dérogatoire de la criminalité organisée, le 8° bis citant à ce titre l'escroquerie

en bande organisée. Ce dispositif procédural est l'un des plus importants, marquant un dédoublement de la procédure pénale pour lutter plus efficacement contre certains phénomènes criminels. En effet, le titre XXV du livre IV du code de procédure pénale traite « de la procédure applicable à la criminalité et à la délinquance organisées ». Sont ici,

(17) C. pr. pén., art. 173, dernier alinéa.

(18) Pour une réflexion sur ce thème : D. Cohen, *Le droit à...*, Mélanges F. Terré, Dalloz-PUF-JurisClasseur, 1999, p. 393.

(19) Cons. const., 9 oct. 2014, n° 2014-420/421 QPC, D. 2014. 2278, note A. Botton ; AJ pénal 2014. 574, note J.-B. Perrier.

par exemple prévues, une extension de la compétence géographique des OPJ, la possibilité d'infiltration des OPJ, les perquisitions et les saisies de nuit, les écoutes téléphoniques pratiquées lors d'une enquête, la sonorisation et la captation de données informatiques lors de l'instruction ainsi qu'une garde à vue pouvant durer jusqu'à quatre-vingt-seize heures²⁰.

Or, pour le Conseil constitutionnel, l'escroquerie est un délit contre les biens et « même lorsqu'il est commis en bande organisée, le délit d'escroquerie n'est pas susceptible de porter atteinte en lui-même à la sécurité, à la dignité ou à la vie des personnes »²¹. La dangerosité du comportement ainsi incriminé ne justifierait par une privation de liberté telle que celle permise par la mise en œuvre de la garde à vue dérogatoire.

Effectivement pour le Conseil, la possibilité de recourir à une garde à vue de 96 heures « a permis qu'il soit porté à la liberté individuelle et aux droits de la défense une atteinte qui ne peut être regardée comme proportionnée au but poursuivi »²². L'abrogation immédiate de la disposition litigieuse aurait cependant des inconvénients importants puisqu'en disparaissant de la liste de l'article 706-73 du code de procédure pénale, l'escroquerie en bande organisée ne pourrait, non seulement, donner

lieu, à une garde à vue de quatre jours, mais encore elle ne permettrait plus la mise en œuvre des pouvoirs spéciaux de surveillance et d'investigation. La date de l'abrogation est alors reportée au 1^{er} septembre 2015, le Conseil ajoutant cependant « qu'afin de faire cesser l'inconstitutionnalité constatée à compter de la publication de la présente décision, il y a lieu de juger que les dispositions du 8^o bis de l'article 706-73 du code de procédure pénale ne sauraient être interprétées comme permettant, à compter de cette publication, pour des faits d'escroquerie en bande organisée, le recours à la garde à vue prévue par l'article 706-88 du code de procédure pénale »²³.

L'auteur de la QPC donnant lieu à la décision du 11 décembre 2015, s'inscrit dans le sillage de cette décision de 2014, puisqu'il a fait l'objet d'une garde à vue de 61 heures le 28 janvier 2014 pour des infractions de blanchiment et de recel du produit, des revenus ou des choses provenant d'une escroquerie en bande organisée ainsi que du chef d'association de malfaiteurs ayant pour objet la préparation de ce même délit²⁴. Le Conseil a jugé que « la référence au 8^o bis de l'article 706-73 du code de procédure pénale par les 14^o et 15^o du même article était contraire à la Constitution avant le 19 août 2015 ». La loi du 17 août 2015 a, en effet, abrogé le 8^o bis²⁵. Le contrôle

(20) Le terrorisme, énuméré au 11^o de l'art. 706-73 peut donner lieu à une garde à vue de six jours en application de l'art. 706-88-1 C. pr. pén.

(21) *Op. cit.*, consid. 13.

(22) *Idem*, consid. 13.

(23) *Ibid.*, consid. 26 ; la décision est publiée au JO du 12 oct. 2014.

(24) Cons. const., 11 déc. 2015, n^o 2015-508, AJ pénal 2016, 77, note J.-B. Perrier ; Constitutions 2015, 652, Décision C. de Gaudemont, consid. 3, 4 et 5 : « 3. Considérant que le requérant soutient qu'en permettant le recours à la garde à vue prolongée de quatre-vingt-seize heures pour les infractions de blanchiment ou de recel du produit, des revenus, des choses provenant du délit d'escroquerie en bande organisée et pour les infractions d'association de malfaiteurs lorsqu'elles ont pour objet la préparation de ce même délit, les dispositions contestées méconnaissent la liberté individuelle et les droits de la défense dès lors que ces infractions ne portent pas atteinte en elles-mêmes à la sûreté, à la dignité ou à la vie des personnes ;

4. Considérant que la question prioritaire de constitutionnalité porte sur la référence au 8^o bis figurant dans les mots « 1^o à 13^o » au 14^o de l'article 706-73 du code de procédure pénale et dans les mots « 1^o à 14^o » au 15^o du même article ;

5. Considérant que le 8^o bis de l'article 706-73 est issu de la loi du 17 mai 2011 ; que la référence au 8^o bis aux 14^o et 15^o de l'article 706-73 résulte de cette même loi ; que cette référence n'a jamais été examinée par le Conseil constitutionnel ; que la question prioritaire de constitutionnalité est donc recevable ».

(25) Loi n^o 2015-993 DC du 17 août 2015, portant adaptation de la procédure pénale au droit de l'Union européenne publiée au JO du 18 août 2015, p. 14331.

du Conseil a donc porté rétrospectivement sur une disposition déjà disparue de l'ordre juridique ce qui explique un constat d'inconstitutionnalité à l'imparfait ne s'accompagnant pas d'une abrogation.

La décision d'inconstitutionnalité, qui concerne une nouvelle fois l'article 706-73 du code de procédure pénale, appelle de brèves réflexions sur l'identification de la disposition déclarée inconstitutionnelle, d'une part (I), et sur les raisons de cette inconstitutionnalité d'autre part (II).

I - L'identification de la disposition inconstitutionnelle

Le recel et le blanchiment figurent au 14° de l'article 706-73 du code de procédure pénale, disposition qui vise le produit, le revenu, et les choses « provenant des infractions mentionnées aux 1° à 13° » du même article. Ce dernier éventail inclut donc le délit d'escroquerie en bande organisée discrédité ensuite constitutionnellement ; la décision d'inconstitutionnalité du 8° *bis* étant postérieure à la garde à vue du requérant.

De même, le 15° de l'article 706-73 du code de procédure pénale vise les délits d'association de malfaiteurs « lorsqu'ils ont pour objet la préparation de l'une des infractions mentionnées aux 1° à 14° », ce qui, là encore, englobait le délit d'escroquerie en bande organisée.

L'effet rebond ne pouvait donc que jouer : dès lors que le délit visé au 8° *bis* de l'article était déclaré contraire à la Constitution en ce qu'il permettait une garde à vue de quatre-vingt-seize heures, les dispositions substantielles se référant à cet article et permettant la même garde à vue dérogatoire, ne pouvaient que connaître le même sort.

Dit autrement, les infractions s'articulant avec le 8° *bis* allaient être conta-

minées par son inconstitutionnalité dès lors qu'elles permettent également le recours à la garde à vue dérogatoire.

Le recel et le blanchiment sont des infractions de conséquence ayant besoin de la commission préalable d'une infraction principale ; le délit d'association de malfaiteurs permet, quant à lui, la répression d'une infraction projetée²⁶. L'articulation est dans les deux cas possibles avec le délit d'escroquerie en bande organisée tantôt déjà réalisé, tantôt à l'état de projet. Ce dernier délit s'intègre aux autres délits, en étant en quelque sorte leur condition. Dès lors, son inconstitutionnalité affecte les délits avec lesquels il s'articule.

Cependant, le délit d'escroquerie en bande organisée n'a pas été mis en cause en tant que tel sur le terrain constitutionnel. Sa substance n'est pas discutée : il ne heurte pas la légalité pénale et ne méconnaît pas le principe de nécessité des peines.

Seule une partie de son régime procédural prête à discussion puisque si les mesures dérogatoires d'investigation qui peuvent être mises en œuvre sur son fondement ne sont pas critiquées, en revanche, la garde à vue est pointée du doigt pour sa durée exceptionnelle.

Dès lors, déclarer inconstitutionnel le 8° *bis* de l'article 706-73 du code de procédure pénale n'était peut-être pas la bonne option puisque cela neutralise la présence du délit au sein de la liste même des infractions relevant de la délinquance organisée. Une autre voie aurait été de déclarer inconstitutionnelle la règle procédurale à savoir l'article 706-88 du code de procédure pénale relatif à la garde à vue dérogatoire²⁷. Certes, cette disposition s'applique à toutes les infractions de l'article 706-73 du code de procédure

(26) V. les analyses de P. Cazalbou, *Étude de la catégorie des infractions de conséquence : contribution à une théorie des infractions conditionnées*. LGDJ, Bibliothèque de sc. crim., t. 63, 2016, p. 155 s.

pénale, mais sa remise en cause aurait l'avantage de remettre à plat le véritable problème qui est d'ordre procédural. Un délai d'intervention aurait dû être laissé au législateur, tout en disant qu'en attendant la loi, cet article ne saurait s'entendre comme permettant son application au 8° bis de l'article 706-73 du code de procédure pénale, ce qui mettrait immédiatement fin à la garde à vue en matière d'escroquerie en bande organisée. Sans doute, l'article 706-88 du même code avait déjà été déclaré constitutionnel par la décision du 2 mars 2004²⁸, mais les ajouts à l'article 706-73 du code de procédure pénale qui définit ses hypothèses d'application ont une répercussion sur cette première disposition au point de remettre en cause sa proportionnalité²⁹. Autrement dit, l'article 706-88, lui-même, n'a pas connu de modification critiquable, mais son périmètre dépendant de l'article 706-73, les ajouts que connaît la liste des infractions de ce dernier affectent le premier qui alors pourrait donner lieu à un contrôle pour chaque nouveau cas d'application.

Le choix de la disposition inconstitutionnelle est donc étonnant dans la décision du 9 octobre 2014, obligeant la décision ici commentée à demeurer sur le terrain substantiel alors qu'est en cause une

disposition procédurale. Est également étonnant le motif de l'inconstitutionnalité, une fois encore, décliné.

II - Le motif de l'inconstitutionnalité

Le raisonnement conduisant à la déclaration d'inconstitutionnalité est très discutabile puisqu'il fait appel à la valeur protégée par l'incrimination, critère peu prévisible.

Dans la décision du 2 mars 2004³⁰, analysant la loi créant le dispositif en matière de criminalité organisée, le Conseil expliquait déjà que « Considérant que les infractions retenues par l'article 706-73 sont susceptibles, pour la plupart, de porter une atteinte grave à la sécurité, à la dignité ou à la vie des personnes ; qu'il en est ainsi de l'extorsion, mentionnée au 8° de cet article, dont la violence, la menace de violences ou la contrainte sont des éléments constitutifs en vertu de l'article 312-1 du code pénal ; qu'il en est de même des destructions, dégradations ou détériorations mentionnées au 9° de cet article, qui, aux termes de l'article 322-6 du code pénal, sont provoquées par une substance explosive, un incendie ou tout autre moyen de nature à créer un danger pour les personnes ;

- (27) L'art. 11 de la loi du 17 août 2015, *op cit*, pose notamment que » Le même code est ainsi modifié :
- 1° Les 8° bis et 20° de l'article 706-73 sont abrogés ;
- 2° Après l'article 706-73, il est inséré un article 706-73-1 ainsi rédigé :
- « Art. 706-73-1.-Le présent titre, à l'exception de l'article 706-88, est également applicable à l'enquête, à la poursuite, à l'instruction et au jugement des délits suivants :
- « 1° Délit d'escroquerie en bande organisée, prévu au dernier alinéa de l'article 313-2 du code pénal ;
- « 2° Délits de dissimulation d'activités ou de salariés, de recours aux services d'une personne exerçant un travail dissimulé, de marchandage de main-d'œuvre, de prêt illicite de main-d'œuvre ou d'emploi d'étranger sans titre de travail, commis en bande organisée, prévus aux 1° et 3° de l'article L. 8221-1 et aux articles L. 8221-3, L. 8221-5, L. 8224-1, L. 8224-2, L. 8231-1, L. 8234-1, L. 8234-2, L. 8241-1, L. 8243-1, L. 8243-2, L. 8251-1 et L. 8256-2 du code du travail ;
- « 3° Délits de blanchiment, prévus aux articles 324-1 et 324-2 du code pénal, ou de recel, prévus aux articles 321-1 et 321-2 du même code, du produit, des revenus ou des choses provenant des infractions mentionnées aux 1° et 2° du présent article ;
- « 4° Délits d'association de malfaiteurs, prévus à l'article 450-1 du code pénal, lorsqu'ils ont pour objet la préparation de l'une des infractions mentionnées aux 1° à 3° du présent article ;
- « 5° Délit de non-justification de ressources correspondant au train de vie, prévu à l'article 321-6-1 du code pénal, lorsqu'il est en relation avec l'une des infractions mentionnées aux 1° à 4° du présent article. » ;
- [...] »
- (28) Cons. const., 2 mars 2004, n° 2004-492 DC, consid. 23 à 27, D. 2004. 2756, obs. B. de Lamy ; *ibid.* 956, chron. M. Dobkine ; *ibid.* 1387, chron. J.-E. Schoettl ; *ibid.* 2005. 1125, obs. V. Ogier-Bernaud et C. Severino ; RSC 2004. 725, obs. C. Lazerges ; *ibid.* 2005. 122, étude V. Bück ; RTD civ. 2005. 553, obs. R. Encinas de Munagorri.
- (29) Le Conseil admet un nouveau contrôle d'une disposition législative ensuite réformée : Cons. const., 8 avr. 2011, n° 2011-117 QPC, consid. 7 et 8, AJDA 2011. 756 ; RFDA 2011. 723, obs. P. Türk.
- (30) Cons. const., 2 mars 2004, *op. cit.*, consid. 16 et 17.

Considérant que, parmi les infractions ne portant pas nécessairement atteinte aux personnes, figure le vol lorsqu'il est qualifié de crime ; que, toutefois, si le vol commis en bande organisée trouve sa place dans cette liste, il ne saurait en être ainsi que s'il présente des éléments de gravité suffisants pour justifier les mesures dérogatoires en matière de procédure pénale prévues à l'article 1^{er} de la loi déferée ; que, dans le cas contraire, ces procédures spéciales imposeraient une rigueur non nécessaire au sens de l'article 9 de la Déclaration de 1789 ; qu'il appartiendra à l'autorité judiciaire d'apprécier l'existence de tels éléments de gravité dans le cadre de l'application de la loi déferée ». Ce critère est repris dans la décision du 4 décembre 2013³¹, avant d'être utilisé dans celle du 9 octobre 2014.

Dans cette dernière décision, le Conseil s'appuie sur la valeur protégée par le délit d'escroquerie pour conclure à la disproportion de la garde à vue de 4 jours et considère que sa commission en bande organisée ne change pas cette valeur. Le Conseil justifie sa solution par l'intérêt protégé analysé à partir des éléments constitutifs du délit et il ne prête pas attention aux circonstances de sa réalisation³².

La décision du 11 décembre 2015, transpose ce raisonnement en expliquant que « pour apprécier la constitutionnalité de la référence au 8^o bis figurant aux 14^o

et 15^o de l'article 706-73, il convient de vérifier si les délits visés à ces 14^o et 15^o sont susceptibles de porter atteinte en eux-mêmes à la sécurité, à la dignité ou à la vie des personnes lorsqu'ils se rapportent au délit d'escroquerie en bande organisée prévu par le dernier alinéa de l'article 313-2 du code pénal »³³. Le Conseil ne considère donc pas la valeur protégée par le recel ou le blanchiment strictement en eux-mêmes, mais « lorsqu'ils se rapportent au délit d'escroquerie ». Comme si ces délits empruntaient la criminalité de l'infraction principale, ainsi que l'indique le commentaire officiel de la décision. Le Conseil semble alors nier la criminalité propre du recel, du blanchiment et de l'association de malfaiteurs alors qu'il s'agit d'infractions autonomes. Le fait qu'elles soient conditionnées par la réalisation d'une autre infraction ou un projet d'infraction n'enlève rien au fait qu'elles incriminent chacune un comportement criminel défini. L'analyse technique de ces délits laisse donc particulièrement à désirer.

Le critère de l'intérêt protégé nous semble appeler deux observations.

En premier lieu, le Conseil ne prête pas d'attention à ce qui constitue l'élément que le législateur a voulu caractéristique de la criminalité organisée : à savoir la bande organisée. Cet élément change, pour le législateur, la nature du délit au point que l'escroquerie simple et l'escroquerie relevant

(31) Cons. const., 4 déc. 2013, n° 2013-679 DC, consid. 77, Constitutions 2014. 68, chron. A. Barilari ; *ibid.* 76, chron. C. de la Mardière : « Considérant que, à l'exception du délit prévu par le dernier alinéa de l'article 414 du code des douanes, les infractions énumérées par l'article 706-1-1, de corruption et de trafic d'influence ainsi que de fraude fiscale et douanière, constituent des délits qui ne sont pas susceptibles de porter atteinte en eux-mêmes à la sécurité, à la dignité ou à la vie des personnes ; qu'en permettant de recourir à la garde à vue selon les modalités fixées par l'article 706-88 du code de procédure pénale au cours des enquêtes ou des instructions portant sur ces délits, le législateur a permis qu'il soit porté à la liberté individuelle et aux droits de la défense une atteinte qui ne peut être regardée comme proportionnée au but poursuivi ; que, par suite, à l'article 706-1-1 du code de procédure pénale, la référence à l'article 706-88 du même code doit être déclarée contraire à la Constitution »

(32) Cons. const., 9 oct. 2014, *op. cit.*, consid. 16 : « [...] qu'en permettant le recours à la garde à vue dans les conditions prévues par l'article 706-88 du code de procédure pénale pour des faits d'escroquerie en bande organisée lorsque les faits ont été commis dans des conditions portant atteinte à la sécurité, à la dignité ou à la vie des personnes ou « aux intérêts fondamentaux de la nation définis à l'article 410-1 du code pénal » ou si l'un des faits constitutifs de l'infraction a été commis hors du territoire national, les dispositions ajoutées à l'article 706-88 du code de procédure pénale par la loi du 27 mai 2014 n'ont pas mis fin à l'inconstitutionnalité du 8^o bis de l'article 706-73 du code de procédure pénale ; »

(33) Consid. 12.

de la criminalité organisée s'inscrivent dans des schémas criminels très différents justifiant des traitements procéduraux différenciés³⁴. La criminalité organisée constitue pour l'ensemble de la société une menace difficile à conjurer³⁵. Le crime organisé est multiforme, composé aussi bien d'infractions contre les biens que d'infractions contre les personnes, il trouve sa spécificité dans l'existence d'une organisation structurée³⁶ et clandestine inscrite dans la durée à la recherche d'un profit illégal³⁷ affectant gravement l'économie d'un État. Cette gravité criminologique, que le législateur a traduite par l'exigence d'une commission en bande organisée³⁸, amenait à analyser autrement la proportionnalité de la garde à vue dérogatoire³⁹.

Le Conseil n'a donc pas prêté attention au bon élément pour apprécier la proportionnalité de la garde à vue exceptionnelle.

En second lieu, le critère guidant le contrôle de constitutionnalité est très hasardeux. Le Conseil distingue, en effet, essentiellement les infractions contre les biens des infractions contre les personnes, seules ces dernières présentant une gravité justifiant un régime de garde à vue particulier.

Outre que cette opposition est déjà en soi trop simpliste pour établir une discrimination convaincante des infractions, appliquée aux infractions conditionnées la distinction se complique. En effet, les délits de recel et de blanchiment figurent dans le code pénal au sein du livre consacré aux infractions contre les biens. Ils appartiennent donc à la même famille que le délit d'escroquerie. Mais lorsque ces délits s'articulent, comme cela est possible à la lecture de l'article 706-73 du code de procédure pénale, avec le délit de proxénétisme aggravé, n'y a-t-il pas, alors, une diversification de valeurs protégées ? Le délit de proxénétisme aggravé figure dans le titre du code pénal relatif aux infractions contre les personnes. Non que la valeur protégée par l'infraction principale devienne celle de l'infraction conditionnée, comme semble le penser à tort le Conseil constitutionnel, mais elle s'additionne à la valeur protégée par ces délits conditionnés eux-mêmes.

Raisonné à partir de l'intérêt protégé ne permet donc pas une rigueur de solution. Les textes incriminateurs sont souvent muets sur la valeur qu'ils consacrent et l'expérience montre que la ventilation entre deux catégories n'est pas évidente. On se souvient ici de l'abus de faiblesse d'abord considéré comme une infraction

(34) Précisément, le Conseil constitutionnel admet les traitements différents s'ils sont objectivement justifiés : « Qu'il est loisible au législateur, compétent pour fixer les règles de la procédure pénale en vertu de l'article 34 de la Constitution, de prévoir des règles différentes selon les faits, les situations et les personnes auxquelles elles s'appliquent, pourvu que ces différences ne procèdent pas de discriminations injustifiées et que soient assurées aux justiciables des garanties égales, notamment quant au respect du principe des droits de la défense » (Cons. const., 3 sept. 1986, n° 86-213 DC)

(35) Dans le même sens, voir le commentaire de A. Botton, RPDP 2016 n° 1, à paraître, qui souligne que le régime dérogatoire de la délinquance organisée ne se justifie pas seulement par la gravité des infractions commises, mais surtout par leur complexité dû à leur commission en réseau ou leur dimension internationale.

(36) Crim. 8 juill. 2015, Dr. pénal 2015. 120, Ph. Conte : « la bande organisée suppose la préméditation des infractions et, à la différence de l'association de malfaiteurs, une organisation structurée entre ses membres, la chambre de l'instruction a justifié sa décision ».

(37) Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 2 a) : « L'expression "groupe criminel organisé" désigne un groupe structuré de trois personnes ou plus existant depuis un certain temps et agissant de concert dans le but de commettre une ou plusieurs infractions graves ou infraction établies conformément à la présente Convention, pour en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel ».

(38) Cons. const., 2 mars 2004, *op. cit.*, consid. 14 : « n'est ni obscure, ni ambiguë l'expression "bande organisée", qui est définie par l'article 132-71 du code pénal comme "tout groupement formé ou toute entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'une ou de plusieurs infractions" et qui se distingue ainsi de la notion de réunion ou de coaction ».

(39) V. nos développements sur la notion de crime organisé in La loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, D. 2004. 1910 et spéc. p. 1911 et 1912.

contre les biens avant d'être déplacée au sein des infractions contre les personnes⁴⁰. Une même infraction peut parfaitement protéger plusieurs valeurs *a fortiori* lorsqu'il s'agit d'une infraction conditionnée par une autre infraction.

À défaut d'obéir à une exactitude scientifique, le critère dégagé par le Conseil constitutionnel a, pour lui, l'avantage d'une flexibilité qui n'enferme à l'avance aucune solution.

En guise de conclusion, deux remarques peuvent être faites.

En premier lieu, les réformes incessantes que connaît le droit pénal et le recours extrêmement fréquent, par le législateur, à la technique du renvoi ou à l'articulation de textes, devraient pousser le Conseil à assouplir encore sa technique de contrôle. Un retour possible sur une disposition déjà contrôlée permet ainsi une déclaration d'inconstitutionnalité plus ciblée.

En second lieu, les multiples interventions législatives conjuguées avec une succession de QPC sur le même thème, voire de contrôles de conventionnalité peuvent créer des situations d'une très grande complexité, qu'accroissent la modulation dans le temps des déclarations d'inconstitutionnalité. Ici, le 8° *bis* a été déclaré inconstitutionnel par la décision du 9 octobre 2014, mais ne sera abrogé que par la loi du 17 août 2015. Jusqu'à cette dernière date, les

renvois à cette disposition existaient, bien qu'inconstitutionnels, et permettaient donc une garde à vue dérogatoire. Dans la décision du 11 décembre 2015, le Conseil décide, en effet, que « la référence au 8° *bis* de l'article 706-73 du code de procédure pénale par les 14° et 15° du même article était contraire à la Constitution avant le 19 août 2015 », mais il considère que cette déclaration d'inconstitutionnalité prend effet à compter de la publication de la présente décision, tout en demeurant virtuelle puisque la loi du 17 août 2015 a préalablement réglé la question.

Autrement dit, le 8° *bis* et les références à cette disposition étaient bien inconstitutionnelles, mais le temps laissé au législateur permet une survie au constat d'inconstitutionnalité ce qui rend possible des gardes à vue contraires à la norme supérieure et au final, dans la décision du 11 décembre 2015, la déclaration d'inconstitutionnalité demeure fictive puisqu'impliquant une disposition législative fantôme⁴¹.

Laisser le temps au législateur pour combler un vide juridique peut, finalement, conduire à un micmac chronologique que parfois, l'effet immédiat d'une déclaration d'inconstitutionnalité contribuerait à résoudre. Sans doute, l'abrogation immédiate ne serait pas sans inconvénient, mais elle aurait le mérite de mieux protéger les droits fondamentaux et l'avantage de responsabiliser le législateur.

(40) Initialement incriminé par l'art. 313-4 C. pén., le délit d'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse est maintenant posé par l'art. 223-15-2 C. pén. depuis la loi du 12 juin 2001 (n° 2001-504). Il passe ainsi du livre relatif aux crimes et délits contre les biens, à celui relatif aux crimes et délits contre les personnes.

(41) Dans l'affaire ayant donné lieu à la décision du 11 déc. 2015, le requérant a été placé en garde à vue le 28 janv. 2014, donc antérieurement à la déclaration d'inconstitutionnalité faite par la décision du 9 oct. 2014. Il nous semble que la solution portée par la décision du 11 déc. 2015 aurait été la même pour les gardes à vue décidées au titre des 14° et 15° de l'art. 706-73 C. pr. pén. qui se seraient déroulées entre la décision d'inconstitutionnalité du 9 oct. 2014 et l'entrée en vigueur de la loi du 17 août 2015.

3. La limitation du délit de révisionnisme aux crimes contre l'humanité commis durant la Seconde Guerre mondiale est-elle constitutionnelle ?

[Cons. const., 16 octobre 2015, n° 2015-492 QPC, D. 2015. 2077 ; RSC 2015. 877, obs. J. Francillon ; Cons. const., 8 janvier 2016, n° 2015-512 QPC, D. 2016. 521, obs. P. Wachsmann, note J.-B. Perrier et E. Raschel ; *ibid.* 492, point de vue D. Chagnolaud de Sabouret ; Constitutions 2016. 59, chron. F. Hamon ; *ibid.* 182, Décision C. de Gaudemont ; RSC 2016. 81, obs. J. Francillon ; JCP 2016. 254, O. Décima]

L'article 24 *bis* de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, incriminant le révisionnisme, continue à donner lieu à des discussions, à la fois, sur son principe et sur son périmètre.

Sa compatibilité avec la liberté d'expression a été affirmée par la CEDH⁴² qui a même opposé aux requérants l'article 17 de la Convention interdisant d'invoquer une liberté garantie par ce texte pour se livrer à une activité allant à l'encontre des principes qu'elle défend⁴³, ainsi que par la Cour de cassation tant sur le terrain du contrôle de conventionnalité⁴⁴ que sur celui du contrôle de constitutionnalité. La Cour de cassation est allée, ce qui est rare, jusqu'à utiliser une motivation constitutionnelle puisqu'elle explique que « l'incrimination critiquée se réfère à des textes régulièrement introduits en droit interne, définissant de façon claire et précise l'infraction de contestation de l'existence d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité tels qu'ils sont définis par l'article 6 du statut du tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août

1945 et qui ont été commis soit par des membres d'une organisation déclarée criminelle en application de l'article 9 dudit statut, soit par une personne reconnue coupable de tels crimes par une juridiction française ou internationale, infraction dont la répression, dès lors, ne porte pas atteinte aux principes constitutionnels de liberté d'expression et d'opinion »⁴⁵. Le délit est donc compatible avec la liberté d'expression et irréprochable quant à sa conformité à la légalité criminelle compte tenu de sa lettre précise qui le cantonne clairement à la contestation des crimes contre l'humanité commis durant la Seconde Guerre mondiale⁴⁶.

Le Conseil constitutionnel étaye ce point dans la décision rendue le 8 janvier 2016. Il souligne que « en incriminant exclusivement la contestation de l'existence de faits commis durant la Seconde Guerre mondiale, qualifiés de crimes contre l'humanité et sanctionnés comme tels par une juridiction française ou internationale, visent à lutter contre certaines manifestations particulièrement graves

(42) CEDH 24 juin 2003, n° 65831/01, *Garaudy c/ France*, D. 2004. 239, note D. Roets ; *ibid.* 987, obs. J.-F. Renucci. Une décision plus récente, non seulement ne recourt pas à l'art. 17, mais encore conclut à une violation de l'art. 10. Cependant, cette solution repose sur des circonstances factuelles et non sur des considérations de principe : CEDH 15 oct. 2015, n° 27510/08, *Perinçek c/ Suisse*, § 280, D. 2015. 2183, obs. G. Poissonnier ; Constitutions 2016. 113, chron. D. de Bellescize ; RSC 2015. 877, obs. J. Francillon ; *ibid.* 2016. 132, obs. J.-P. Marguénaud.

(43) Conv. EDH, art. 17 : « Aucune des dispositions de la présente Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un État, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à ladite Convention.

(44) Crim. 23 févr. 1993, Bull. crim. n° 86 ; Crim. 20 déc. 1994, Bull. crim. n° 424.

(45) Crim., 7 mai 2010, n° 09-80.774, D. 2010. 1286 ; Constitutions 2010. 366, obs. A.-M. Le Pourhiet ; *ibid.* 2011. 396, obs. D. de Bellescize ; RSC 2010. 640, obs. J. Francillon ; *ibid.* 2011. 178, obs. B. de Lamy ; RTD civ. 2010. 504, obs. P. Deumier, non transmission d'une QPC au Conseil constitutionnel.

(46) Entre autres : J.-Ch. Saint Pau, La liberté d'expression et de communication relative aux crimes internationaux ; l'exemple français de la contestation des crimes contre l'humanité, in *Mélanges du Bois de Gaudusson*, PU Bordeaux 2013, p. 1341.

d'antisémitisme et de haine raciale ; que seule la négation, implicite ou explicite, ou la minoration outrancière de ces crimes est prohibée ; que les dispositions contestées n'ont ni pour objet ni pour effet d'interdire les débats historiques ; qu'ainsi, l'atteinte à l'exercice de la liberté d'expression qui en résulte est nécessaire, adaptée et proportionnée à l'objectif poursuivi par le législateur ; que, par suite, le grief tiré de l'atteinte à cette liberté et à la liberté d'opinion doit être écarté »⁴⁷.

La question paraît entendue, mais un requérant va avancer, dans cette même affaire, une autre argumentation : la limitation du délit à la contestation des crimes commis durant la Seconde Guerre mondiale ne constitue-t-elle pas une rupture d'égalité ? En effet, des propos révisionnistes comparables, parce que mettant en cause des crimes contre l'humanité – donc des crimes de même nature –, relèvent ou non du droit pénal selon l'époque de commission du crime dont ils discutent la réalité. Finalement, le requérant se plaint du manque de pénalisation des propos révisionnistes qui devraient tous être punis indépendamment du crime contre l'humanité contesté.

Le Conseil constitutionnel ne se laisse pas convaincre et met en avant deux éléments, qui selon lui, différencient la Shoah des autres crimes contre l'humanité : « d'une part, la négation de faits qualifiés de crime contre l'humanité par une décision d'une juridiction française ou internationale reconnue par la France se différencie de la négation de faits qualifiés de crime contre l'humanité par une juridiction autre ou par la loi ; que, d'autre part, la négation des crimes contre l'humanité commis durant la Seconde Guerre mondiale, en partie sur le territoire national, a

par elle-même une portée raciste et antisémite »⁴⁸. Cette motivation n'emporte pas l'adhésion, d'une part, parce que l'exigence d'une reconnaissance du crime par une décision juridictionnelle ou par la loi réduit la dimension historique et humaine ; d'autre part, le fait qu'un crime contre l'humanité soit commis en partie en France ou entièrement sur un territoire étranger est parfaitement indifférent à la dignité des victimes et à la punition de la contestation de sa réalité.

Le Conseil, par ces éléments peu convaincants, noie l'argument sur lequel il s'appuie véritablement : l'article 24 *bis* a été créé par une loi⁴⁹ entendant renforcer la lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie. Pour le Conseil, la différence de traitement entre les propos révisionnistes « est en rapport avec l'objet de la loi du 13 juillet 1990 susvisée qui vise à réprimer des actes racistes, antisémites ou xénophobes »⁵⁰. La singularité du délit de l'article 24 *bis* réside donc dans la signification intrinsèquement politique que dissimulent ces propos. Marqués de racisme, d'antisémitisme et de xénophobie, leur relent national-socialiste justifie leur interdiction. Au-delà même du respect dû aux victimes, ce délit est donc fondé politiquement.

Une autre décision concerne cette question plus indirectement. Une QPC se plaignait des possibilités limitées, pour une association, de se constituer partie civile en matière d'apologie des crimes de guerre et de crimes contre l'humanité. En effet, l'article 48-2 de la loi de 1881 réserve cette possibilité à « toute association régulièrement déclarée depuis au moins 5 ans à la date des faits, qui se propose, par ses statuts, de défendre les intérêts moraux et l'honneur de la Résistance ou des déportés

(47) Consid. 8.

(48) Consid. 10.

(49) Loi n° 90-615 du 13 juill. 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe.

(50) Consid. 10.

[...] ». Cette disposition admet donc l'action des seules associations ayant un objet limité à la Seconde Guerre mondiale alors que les délits de presse donnant naissance à cette action punissent l'apologie de tous les crimes de guerre et de tous les crimes contre l'humanité. À juste raison, le Conseil constitutionnel se reporte, à ce propos, à l'article 461-1 du code pénal décrivant le crime de guerre et aux articles 211-1 à 212-1 du code pénal incriminant les crimes contre l'humanité pour relever la généralité de ces incriminations. Aucun de ces textes incriminateurs ne s'applique qu'aux seules horreurs commises durant la Seconde Guerre mondiale.

Le Conseil voit donc dans la restriction de l'article 48-2 une rupture d'égalité devant la justice. Le Conseil justifie sa décision d'inconstitutionnalité par deux arguments : « d'une part, que le législateur n'a pas prévu une répression pénale différente pour l'apologie des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité selon que ces crimes ont été commis ou non pendant la Seconde Guerre mondiale ; que, d'autre part, il ne ressort ni des dispositions contestées ou d'une autre disposition législative ni des travaux préparatoires de la loi du 13 juillet 1990 l'existence de motifs justifiant de réserver aux seules associations défendant les intérêts moraux et l'honneur de la Résistance ou des déportés la faculté d'exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne l'apologie des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité »⁵¹.

Cette décision est parfaitement convaincante, mais reste à savoir si elle peut avoir une conséquence sur le périmètre du délit de révisionnisme. En effet, l'article 48-2 de la loi de 1881 énumère

parmi les délits à propos desquels une constitution de partie civile est possible par les associations, le délit posé par l'article 24 *bis* de ladite loi.

Faut-il alors considérer que l'interdiction constitutionnelle de limiter la constitution de partie civile aux seules associations qui se proposent de défendre les intérêts moraux et l'honneur de la Résistance et des déportés a une incidence sur le champ de ce délit qui ne punit que la contestation des crimes contre l'Humanité commis durant la Seconde Guerre mondiale ? Autrement dit, l'extension du droit de se constituer partie civile aux associations défendant les intérêts moraux et l'honneur des victimes des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité autres que ceux commis durant la Seconde Guerre mondiale, implique-t-elle la même extension du délit de révisionnisme qui devrait alors avoir une portée générale ?⁵²

Cette interprétation serait donner à la décision d'inconstitutionnalité une portée qu'elle n'a pas. Fondée sur une inégalité devant la justice, le constat d'inconstitutionnalité est procédural et s'il conduit effectivement à une discordante entre l'objet étendu des associations pouvant désormais se constituer partie civile et le délit de révisionnisme qui demeure cantonné historiquement, il appartient au législateur d'intervenir puisque le Conseil lui a laissé jusqu'au 1^{er} octobre 2016 pour rédiger une nouvelle disposition. Il ne faut pas oublier que le Conseil constitutionnel s'est appuyé sur la généralité du champ des délits d'apologie pour mettre en cause les restrictions propres à la possibilité pour les associations de se constituer partie civile. Dit autrement, c'est l'ana-

(51) Cons. const., 16 oct. 2015, n° 2015-492 QPC, consid. 7, D. 2015. 2077 ; RSC 2015. 877, obs. J. Francillon.

(52) Soutenant une telle conséquence de la décision du Conseil, B. Beignier, JCP 2015. 1191, n° 3.

(53) Le Conseil constitutionnel relève bien (consid. 7) : « [...] que le législateur n'a pas prévu une répression pénale différente pour l'apologie des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité selon que ces crimes ont été commis ou non pendant la Seconde Guerre mondiale ; [...] » et d'en conclure que la loi ne peut limiter la possibilité de se constituer partie civile aux seules associations défendant les intérêts moraux et l'honneur des victimes de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité commis durant la Seconde Guerre mondiale.

lyse du champ du délit qui a une incidence sur la possibilité de se constituer partie civile et non l'inverse ⁵³.

Le législateur n'a donc pas à revoir l'article 24 *bis* et devrait seulement dissocier les règles de constitution de partie

civile des associations afin de prévoir, dans un article, celles relatives aux délits d'apologie de crimes de guerre, de crimes contre l'humanité et de crimes et délits de collaboration avec l'ennemi et, dans un autre article, celles propres au délit de révisionnisme de l'article 24 *bis*.