

Titre VII

Les cahiers du Conseil constitutionnel

CHRONIQUE DE DROIT PÉNAL ET PROCÉDURE PÉNALE

N° 7 - octobre 2021

Chronique de droit pénal et de procédure pénale (janvier à juin 2021)

Écrit par

Evelyne BONIS



Professeur à l'Université de Bordeaux, Institut de sciences criminelles et de la justice

Virginie PELTIER



Professeur à l'Université de Bordeaux, Institut de sciences criminelles et de la justice

Procédure pénale

Majeurs sous un régime civil de protection

Perquisition en enquête préliminaire au domicile d'un majeur protégé -- Information du tuteur ou du curateur : Cons. const., déc. n° 2020-874 QPC du 15 janvier 2021

Absence d'obligation légale d'aviser le tuteur ou le curateur d'une personne protégée en cas d'audience devant le juge de l'application des peines : Cons. const., déc. n° 2020-884 QPC du 12 février 2021

L'article 706-113 du Code de procédure pénale relatif à l'information du curateur ou du tuteur d'un majeur protégé faisant l'objet d'actes de procédure pénale n'en finit plus de donner lieu à des interventions du Conseil constitutionnel. Issu de la loi du 5 juin 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, ce texte prévoit une obligation pour les magistrats, dans un procès pénal, d'informer le représentant du majeur protégé des actes et décisions pris à compter du déclenchement des poursuites et donc à partir de la mise en mouvement de l'action publique⁽¹⁾. La phase policière et celle de l'exécution des peines n'avaient pas été initialement soumises à la même exigence. Ce n'est que récemment, à la suite d'une invalidation par le Conseil constitutionnel dans le cadre du contrôle *a posteriori* de cette disposition, qu'a été rendue obligatoire l'information du tuteur ou du curateur d'un majeur protégé au stade policier pour la garde à vue⁽²⁾. Révélatrice d'une volonté de veiller à ce que les droits de la défense de la personne protégée soient effectifs, cette première décision a eu pour conséquence l'ajout dans le Code de deux textes concernant la phase policière : l'un relatif à la garde à vue⁽³⁾, l'autre à l'audition libre⁽⁴⁾. Le début de l'année 2021 fournit au Conseil l'occasion d'étendre encore le périmètre de cette exigence en phase policière et en phase d'application des peines. Si l'analyse conjointe de ces deux décisions permet de mettre en exergue ce phénomène, on attachera une attention toute particulière aux fondements retenus par le Conseil, lesquels sont très différents dans les deux décisions.

La décision rendue à propos des perquisitions policières est intervenue à l'occasion du pourvoi en cassation formé contre un arrêt rendu par la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Lyon, dans le cadre d'une information suivie des chefs de viol aggravé, agression sexuelle aggravée et pédopornographie⁽⁵⁾. La personne mise en examen soulevait une question prioritaire de constitutionnalité portant sur la conformité de l'article 706-113 du Code de procédure pénale à la Constitution. Le requérant soutenait que les dispositions de cet article méconnaissent les droits de la défense et le droit à un procès juste et équitable en ce qu'elles ne prévoient pas, lorsqu'une perquisition est envisagée au domicile d'un majeur protégé dans le

cadre d'une enquête préliminaire, que son curateur ou son tuteur en soit préalablement averti. Selon lui, en l'absence de cette garantie, le majeur protégé risque, s'il n'est pas assisté de son curateur ou de son tuteur, de donner son assentiment à la perquisition et ainsi d'exercer ses droits sans discernement. Par un arrêt rendu le 13 octobre 2020, la chambre criminelle jugea la question suffisamment sérieuse pour dire y avoir lieu à renvoi⁽⁶⁾. Elle reprenait à son compte l'argumentation du requérant puisqu'elle insistait sur le risque qu'un majeur protégé, qui n'est pas assisté dans l'exercice du droit que lui reconnaît l'article 76 alinéa 1^{er} du Code de procédure pénale, de donner, en connaissance de cause, son accord à la perquisition, ne prenne une décision contraire à ses intérêts. Se trouvait ainsi posée la question de la conformité de l'article 706-113 alinéa 1 à la Constitution, car ce texte limite l'obligation d'informer le curateur ou le tuteur du majeur protégé au cas où ce dernier fait l'objet de poursuites pénales ou de certaines alternatives aux poursuites de telle sorte que ces dispositions ne s'appliquent pas aux perquisitions réalisées dans le cadre d'une enquête préliminaire. Cette décision devait ainsi permettre de préciser de nouveau le périmètre qui devrait être celui des mesures de protection voulues par le législateur aux articles 706-113 et suivants qui, bien qu'élargi par la loi du 23 mars 2019, en exclut encore de nombreuses mesures d'investigations telles les perquisitions policières. Par un moyen relevé d'office, le Conseil ajouta au grief tiré des droits de la défense et du procès équitable, celui tiré de l'inviolabilité du domicile.

Après avoir rappelé l'importance de l'assentiment de la personne pour que soit pratiquée à son domicile une perquisition en enquête préliminaire conformément à l'article 76 du Code de procédure pénale, le Conseil constate qu'aucune autre disposition législative n'impose aux autorités policières ou judiciaires de rechercher, au préalable, si la personne au domicile de laquelle la perquisition doit avoir lieu fait l'objet d'une mesure de protection juridique et d'informer alors son représentant de la mesure dont elle fait l'objet. Or, il considère que, selon le degré d'altération de ses facultés mentales ou corporelles, le majeur protégé, s'il n'est pas assisté par son représentant, peut se trouver dans l'incapacité d'exercer avec discernement son droit de s'opposer à la réalisation d'une perquisition à son domicile. Il en déduit qu'en ne prévoyant pas que l'officier de police judiciaire ou l'autorité judiciaire sous le contrôle de laquelle est réalisée la perquisition soit, en principe, tenu d'avertir le représentant d'un majeur protégé lorsque les éléments recueillis au cours de l'enquête préliminaire font apparaître que la personne fait l'objet d'une mesure de protection juridique révélant qu'elle n'est pas en mesure d'exercer seule son droit de s'opposer à la réalisation de cette opération, le législateur a méconnu le principe d'inviolabilité du domicile. Sur le fondement de ce principe, il déclare donc le premier alinéa de l'article 706-113 du Code de procédure pénale contraire à la Constitution. Toutefois, comme une abrogation immédiate des dispositions contestées aurait notamment pour effet de supprimer l'obligation pour le procureur de la République et le juge d'instruction d'aviser le curateur ou le tuteur, ainsi que le juge des tutelles, en cas de poursuites pénales à l'encontre d'un majeur protégé, il décide de reporter au 1^{er} octobre 2021 la date de l'abrogation des dispositions contestées, comme l'y autorise l'article 62 de la Constitution.

La décision du 15 janvier 2021 risque donc de produire les mêmes effets que ceux de la décision rendue à propos de la garde à vue le 14 septembre 2018 à savoir l'ajout d'une disposition spécifique aux perquisitions de l'article 76 du Code, car une fois encore, la censure est opérée sur un fondement précis. En effet, l'objectif poursuivi n'est pas de pousser le législateur à prévoir une obligation générale d'information du curateur ou du tuteur pour chaque acte de l'enquête policière et pour toute enquête policière. Il n'intervient ici que s'agissant des seules perquisitions domiciliaires pratiquées en enquête préliminaire, car ces perquisitions supposent l'assentiment de la personne chez laquelle elles se déroulent. En ce domaine, la Cour de cassation juge, de longue date, que l'assentiment de la personne chez laquelle l'opération a lieu « *doit avoir été donné librement et en connaissance de cause* »⁽⁷⁾. Récemment, la chambre criminelle a réitéré cette exigence de validité de l'assentiment dans un arrêt du 16 janvier 2018, dont il ressort que l'écrit exigé par l'article 76 du Code ne doit pas avoir été rédigé sous la contrainte des enquêteurs ou sous l'effet d'un état de confusion mentale tel qu'il aurait privé l'intéressé de tout discernement et donc à la question de l'effectivité des droits qui sont reconnus à la personne⁽⁸⁾. Il s'agit de s'assurer qu'elle est bien en mesure d'exercer ses droits. Le régime à créer légalement devrait donc prévoir que l'officier de police judiciaire ou l'autorité judiciaire sous le contrôle de laquelle est réalisée la perquisition soit, en principe, tenu d'avertir le représentant d'un majeur protégé lorsque les éléments recueillis au cours de l'enquête préliminaire font apparaître que la personne fait l'objet d'une mesure de protection juridique révélant qu'elle n'est pas en mesure d'exercer seule son droit de s'opposer à la réalisation de cette opération. Il est probable que la loi s'en tienne à cette seule hypothèse des perquisitions en enquête préliminaire et ne profite pas de l'occasion pour élargir le périmètre du dispositif comme elle avait pu le faire pour l'audition libre à la suite de la décision du Conseil relative à la garde à vue. En effet, une extension à l'ensemble des perquisitions spécialement aux perquisitions réalisées en enquête de flagrance n'aurait guère de sens puisque le propre de ces perquisitions est de permettre le recours à la contrainte de telle sorte que la personne n'a pas à consentir à la perquisition domiciliaire pratiquée⁽⁹⁾. En revanche, une extension ou l'intervention de nouvelles décisions est à prévoir s'agissant de la phase de l'application des peines.

Par la décision du 12 février 2021⁽¹⁰⁾, le Conseil constitutionnel invite à créer pour la première fois à ce stade de la procédure pénale une obligation d'information. On ne doit donc pas minimiser l'importance de cette décision. En l'espèce, la Cour de cassation avait procédé, par un arrêt rendu le 18 novembre 2020, au renvoi d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur la conformité de l'article 712-6 du Code de procédure pénale à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 en ce qu'il ne prévoit pas d'aviser le curateur ou le tuteur de la date d'audience devant le juge de l'application des peines, et ainsi ne permet pas au curateur ou tuteur de prendre connaissance des pièces du dossier dans les mêmes conditions que le condamné, d'être entendu et d'avoir connaissance des décisions prises par le juge de l'application des peines⁽¹¹⁾. Après avoir constaté l'absence de dispositions similaires à celles des articles 706-112 et suivants en phase d'application des peines, la Cour jugeait la question

sérieuse dès lors que les règles spéciales de procédure, instaurées par la loi du 5 juin 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs ont pour objectif de permettre au mandataire désigné pour représenter ou assister la personne souffrant d'une altération de ses facultés⁽¹²⁾, de veiller, non seulement à ses intérêts patrimoniaux, mais encore à la protection de sa personne, à laquelle doit être rattachée la défense de ses intérêts à l'occasion de procédures qui sont de nature à affecter les modalités d'exécution ou d'application des peines. Au terme d'un examen assez scrupuleux des choix que peut être amené à faire le condamné durant cette procédure, le Conseil estime que le fait de ne pas prévoir une obligation d'aviser le tuteur ou le curateur de la personne, de la procédure en cours, peut ne pas mettre le majeur protégé en mesure d'effectuer des choix conformes à ses intérêts. Il conclut donc à la non-conformité du premier alinéa de l'article 712-6 du Code à la Constitution en ce que le défaut d'obligation d'information du mandataire désigné méconnaît les droits de la défense du condamné. Cette décision est d'une portée limitée pour deux raisons. D'une part, les dispositions déclarées contraires à la Constitution, dans leur rédaction contestée, ne sont plus en vigueur depuis le 27 décembre 2020 et l'adoption de la loi du 24 décembre 2020 relative au Parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée qui a été l'occasion pour le législateur de devancer la déclaration d'inconstitutionnalité en réécrivant la première phrase de l'article 712-6 alinéa 1^{er} du Code⁽¹³⁾ et en insérant un article 712-16-3 dans le Code⁽¹⁴⁾. D'autre part, le Conseil décide que les mesures qui ont été prises avant sa décision sur le fondement des dispositions déclarées contraires à la Constitution ne peuvent être remises en cause au nom de la sécurité juridique. Elle n'en demeure pas moins importante en ce qu'elle étend l'obligation d'information et peut donner à penser que d'autres décisions interviendront encore en la matière, car le législateur n'est intervenu que pour réécrire l'article 712-6 du Code alors que l'article 712-7 relatif à l'adoption des jugements par le tribunal de l'application des peines pourrait aussi être l'occasion d'une telle obligation. Cette extension serait d'autant plus souhaitable qu'au second degré, l'article 712-16-3 qui décrit la procédure d'appel des jugements, qu'ils aient été rendus par le juge sur le fondement de l'article 712-6 ou par le tribunal sur le fondement de l'article 712-7, a été réformé pour prévoir que le tuteur ou le curateur du condamné soit avisé de l'audience de la cour d'appel⁽¹⁵⁾. (EB)

Droit de se taire

Information du prévenu devant le juge des libertés et de la détention en cas de comparution immédiate : Cons. const., déc. n° 2020-886 QPC du 4 mars 2021

Information de la personne mise en examen devant la chambre de l'instruction : Cons. const., déc. n° 2021-895/901/902/903 QPC du 9 avril 2021

Information du prévenu ou de l'accusé devant les juridictions saisies d'une demande de mainlevée du contrôle judiciaire ou de mise en liberté : Cons. const., déc. n° 2021-920 QPC du 18 juin 2021

Absence de garantie de la notification de ses droits au mineur entendu par le service de protection judiciaire de la jeunesse à l'occasion d'une procédure judiciaire : Const. const., déc. n° 2021-894 QPC du 9 avril 2021

Par trois décisions rendues au sujet de trois textes distincts de procédure pénale, le Conseil constitutionnel vient étendre pour des raisons strictement identiques l'obligation pour les magistrats d'informer une personne mise en cause du droit qui est le sien de se taire.

La première décision portait sur la conformité de l'article 396 du Code de procédure pénale relatif à la procédure de comparution immédiate à la Constitution⁽¹⁶⁾. En vertu de ce texte, le juge des libertés et de la détention, saisi aux fins de placement en détention provisoire dans le cadre de la procédure de comparution immédiate, entend le prévenu afin de décider de son éventuel placement en détention provisoire en attendant sa comparution devant le tribunal, laquelle n'est pas possible immédiatement, sans prévoir toutefois qu'il doit lui notifier son droit de garder le silence.

La deuxième décision portait sur la conformité de l'article 199 du Code de procédure pénale qui définit les règles de procédure applicables aux audiences tenues par la chambre de l'instruction⁽¹⁷⁾. Ces dispositions prévoient que la chambre de l'instruction, saisie d'une requête en nullité contre une mise en examen, d'un appel à l'encontre d'une ordonnance de placement en détention provisoire ou du règlement d'un dossier d'information, entend la personne qui comparait personnellement devant elle, mais ne fait pas mention d'une obligation pour la chambre de lui notifier son droit de se taire.

La troisième décision portait quant à elle sur la conformité à la Constitution de l'article 148-2 du Code de procédure pénale qui définit les règles de procédure applicables devant la juridiction compétente, en application des articles 141-1 et 148-1 du même Code, pour connaître d'une demande de mainlevée d'une mesure de contrôle judiciaire ou d'une demande de mise en liberté⁽¹⁸⁾. En vertu de ce texte, cette juridiction se prononce après audition du prévenu ou de l'accusé ou de son avocat, mais là encore, le texte ne prévoit pas que la juridiction doit informer la personne de son droit de se taire.

Dans ces trois affaires, la question renvoyée au Conseil était motivée de façon quasi identique. Les requérants estimaient que la notification du droit

de se taire s'imposait en raison de deux arguments. D'une part, il était relevé que dans chacune de ces procédures, il incombait au juge de s'assurer soit de l'existence de charges suffisantes soit de l'existence d'indices graves ou concordants à l'encontre de la personne. D'autre part, ils tiraient aussi argument du fait que la personne mise en cause traduite devant le juge pouvait être amenée à faire des déclarations contraires à ses intérêts pour éviter un placement en détention provisoire, déclarations qui pourraient être prises en compte ultérieurement par la juridiction.

Au visa de l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 qui consacre le principe selon lequel nul n'est tenu de s'accuser, et dont découle le droit de se taire, le Conseil déclare les dispositions des trois articles contraires à la Constitution et laisse au législateur jusqu'au 31 décembre 2021 pour intervenir et remédier à cette inconstitutionnalité. Plus que la déclaration de non-conformité à la Constitution, ce sont les arguments du Conseil qui doivent retenir l'attention. Le Conseil entend rendre obligatoire la notification du droit de se taire à la personne mise en cause pour deux raisons. La première tient au juge et à son office. Il relève en effet dans les trois affaires que la juridiction saisie devait se livrer à une appréciation des faits retenus à titre de charges contre la personne, ce qui est un moyen de souligner le poids des déclarations que pourrait être amenée à faire la personne devant la juridiction. La seconde tient à la personne qui comparait devant la juridiction⁽¹⁹⁾. Le Conseil souligne que le fait pour le juge d'inviter la personne à présenter ses observations peut être de nature à lui laisser croire qu'elle ne dispose pas du droit de se taire. Elle peut ainsi être amenée, en réponse aux questions qui lui sont posées, à reconnaître les faits qui lui sont reprochés ou à faire des déclarations contraires à ses intérêts et susceptibles de lui nuire dans la procédure, car ces déclarations seront consignées et portées à la connaissance du juge appelé à statuer ultérieurement sur sa culpabilité ou à décider de son renvoi devant une formation de jugement.

Le droit de se taire semble ainsi avoir devant lui de beaux jours même si les motifs de ces trois décisions mettant l'accent sur l'office du juge et les enjeux des déclarations de la personne mise en cause permettront incontestablement de circonscrire le périmètre de ce droit consacré, en des termes très généraux, à l'article préliminaire du Code de procédure pénale⁽²⁰⁾. Ces décisions contribuent aussi à préciser les enjeux du droit de se taire qui vont au-delà de la seule procédure à l'occasion de laquelle le droit doit être porté à la connaissance de la personne. Le Conseil insiste en effet sur les suites de la procédure y compris devant un autre juge. On retrouve là le même raisonnement que celui suivi par la chambre criminelle qui, dans un arrêt du 24 février 2021, au double visa de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'article préliminaire du Code de procédure pénale, a précisé la sanction du défaut de notification en indiquant d'une part, que le défaut d'information du droit de se taire est sans incidence sur la régularité de la décision rendue en matière de mesure de sûreté, mais que, d'autre part, les déclarations de l'intéressé ne pourraient être utilisées par les juridictions appelées à prononcer un renvoi devant la juridiction de jugement ou une déclaration de culpabilité⁽²¹⁾. En conclusion, il semble donc désormais possible de dire que toutes les fois où l'objet d'une audience implique une appréciation des charges qui sont retenues contre une personne mise en cause, la notification du droit de se taire s'impose dès lors que des conséquences pourraient être ensuite tirées des déclarations faites par elle soit par la juridiction de jugement appelée à connaître de sa culpabilité soit par une juridiction appelée à statuer sur son renvoi devant une juridiction de jugement⁽²²⁾. Ce raisonnement s'étend même au-delà des contentieux devant le juge pénal *stricto sensu* puisque par une autre décision rendue le 9 avril 2021 à propos du mineur entendu par le service de protection judiciaire de la jeunesse à l'occasion d'une procédure judiciaire, le Conseil a également décidé qu'en ne prévoyant pas que le mineur doit être informé de son droit de se taire, l'article 12 de l'ordonnance du 2 février 1945 qui se borne à indiquer que le service de la protection judiciaire de la jeunesse établit, à la demande du procureur de la République, du juge des enfants ou de la juridiction d'instruction, un rapport contenant tous renseignements utiles sur la situation du mineur ainsi qu'une proposition éducative après avoir entendu celui-ci sur les faits qui lui sont reprochés n'est pas conforme à la Constitution⁽²³⁾. Le Conseil relève en effet que si le rapport établi à la suite de cet entretien a pour finalité principale d'éclairer le magistrat ou la juridiction compétent, sur l'opportunité d'une réponse éducative, les déclarations du mineur recueillies dans ce cadre sont susceptibles d'être portées à la connaissance de la juridiction de jugement lorsqu'elles sont consignées dans le rapport joint à la procédure⁽²⁴⁾.

VISIOCONFÉRENCE. Cons. const., déc. n° 2020-872 QPC du 15 janv. 2021 ; Cons. const., déc. n° 2021-911/919 QPC du 4 juin 2021, Utilisation de la visioconférence sans accord des parties devant les juridictions pénales dans un contexte d'urgence sanitaire. (VP)

Dans deux décisions des 15 janvier et 4 juin 2021, le Conseil constitutionnel a affirmé son opposition à une utilisation inconditionnelle de la visioconférence en matière pénale. Étaient respectivement sur la sellette constitutionnelle les articles 5 de l'ordonnance du 25 mars 2020 et 2 de l'ordonnance du 18 novembre 2020, apportant, par des dispositions identiques, une dérogation à l'article 706-71 du Code de procédure pénale organisant le recours à la visioconférence « *si le magistrat en charge de la procédure ou le président de la juridiction saisie l'estime justifié, dans les cas et selon les modalités prévus au présent article * » (CPP, art. 706-71, al. 1^{er}). Par deux décisions, et dans les mêmes termes, le Conseil constitutionnel va se prononcer pour la non-conformité totale des textes déferés, quoiqu'avec un peu plus de précisions le 15 janvier 2021.

À titre de préalable, on rappellera que le Conseil ne s'oppose aucunement au recours à la visioconférence en matière pénale (V.-L. Benabou, E. Jeuland, « Vers la généralisation du principe de présence physique ? » : *JCP* éd. G, 2021, n° 6, p. 257 -- 258). En effet, tout d'abord, l'utilisation de moyens de télécommunication audiovisuelle est permise, comme en témoigne l'article 706-71 du Code de procédure pénale, depuis bientôt deux décennies (L. n° 2001-1062 du 15 nov. 2001 relative à la sécurité quotidienne : JORF n° 266 du 16 novembre 2001). Son utilisation n'a ensuite cessé de se développer au gré des réformes notamment pour éviter le coût et le risque engendrés par les extractions judiciaires des personnes détenues. Son

succès grandissant ne s'est ensuite jamais démenti puisque, en outre, le juge peut parfois y recourir sans avoir à recueillir le consentement du détenu, sauf dans trois hypothèses majeures : pour la comparution de l'accusé devant la cour d'assises, pour celle du prévenu devant le tribunal correctionnel (en tout cas lorsqu'il n'est pas détenu pour une autre cause) et en matière de placement ou de prolongation de la détention provisoire (sauf lorsque le prévenu est détenu pour une autre cause).

C'est dans ce contexte que l'exécutif, prenant appui sur la loi du 23 mars 2020 (L. n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19), a quasi généralisé, dans l'ordonnance du 25 mars suivant (Ord. n° 2020-303 du 25 mars 2020 portant adaptation de règles de procédure pénale sur le fondement de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19) le recours à la visioconférence, disposition qui sera ensuite reprise par l'article 2 de l'ordonnance du 18 novembre 2020 (Ord. n° 2020-1401 du 18 nov. 2020 portant adaptation des règles applicables aux juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière pénale), elle-même prise sur le fondement de la loi du 14 novembre (L. n° 2020-1379 du 14 novembre 2020 autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire et portant diverses dispositions de gestion de la crise sanitaire) Les deux dispositions prévoyaient que, par dérogation à l'article 706-71 du Code de procédure pénale, il pouvait être recouru à un moyen de télécommunication audiovisuelle devant l'ensemble des juridictions pénales sans qu'il soit nécessaire de recueillir l'accord des parties, sauf devant les juridictions criminelles, l'article 2 autorisant toutefois le procédé en la matière, une fois terminée l'instruction à l'audience mentionnée à l'article 346 du Code de procédure pénale.

L'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité ayant débouché sur la décision de janvier faisait valoir que le texte permettait à la chambre de l'instruction de statuer par visioconférence sur la prolongation d'une détention provisoire, sans faculté d'opposition de la personne détenue, ce qui pouvait avoir pour effet de priver cette dernière, pendant plus d'une année, de la possibilité de comparaître physiquement devant son juge, d'où il en résultait une atteinte aux droits de la défense que les objectifs de bonne administration de la justice et de protection de la santé publique ne pouvaient justifier. Les auteurs des questions ayant entraîné la décision de juin renvoyaient, eux, aux arguments de la première question puisque ceux-ci avaient montré leur efficacité, ajoutant malgré tout que le recours particulièrement large à la visioconférence devant les juridictions pénales sans apporter aucune précision quant aux conditions dans lesquelles le juge pouvait décider d'y recourir méconnaissait le droit à un recours juridictionnel effectif et à un procès équitable.

Le Conseil rend sa décision au visa de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, fondant le respect des droits de la défense, estimant précisément qu'il était porté à leur encontre, en l'état des conditions dans lesquelles s'exerce le recours à ce moyen de télécommunication, une atteinte que ne pouvait justifier le contexte sanitaire particulier résultant de l'épidémie de covid-19. Ce sont donc les modalités du recours qui posaient problème plutôt que son principe même puisque, de l'aveu même du Conseil, la visioconférence a vocation à « *favoriser la continuité de l'activité des juridictions pénales malgré les mesures d'urgence sanitaire prises pour lutter contre la propagation de l'épidémie de covid-19* » et à poursuivre « *l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé* » en contribuant « **à la mise en œuvre du principe constitutionnel de continuité du fonctionnement de la justice** ».

Le Conseil relève deux inconvénients majeurs. Tout d'abord, les dispositions imposent la visioconférence dans un (trop) grand nombre d'hypothèses : devant toutes les juridictions, sauf en matière criminelle et encore, seulement jusqu'à l'instruction menée à l'audience, d'après l'article 2 de l'ordonnance du 18 novembre 2020. En d'autres termes, l'exécutif revenait sur l'impossibilité d'y recourir pour les comparutions devant les juridictions de jugement (sauf de façon limitée en matière criminelle) et, surtout, pour le placement en détention provisoire ou sa prolongation, ce que faisait précisément valoir la première QPC. Il faut dire que l'exécutif avait pu se croire encouragé par la Cour de cassation qui, dans un arrêt du 22 juillet 2020 avait autorisé le recours à la technique, même pour un prévenu détenu pour une même cause, au rebours de ce que l'article 5 de l'ordonnance du 25 mars 2020 autorisait (Cass. crim., 22 juill. 2020, n° 20-82.213). Or, dans une précédente décision du 21 mars 2019 (Cons. const., déc. n° 2019-778 DC du 21 mars 2019), le Conseil avait considéré que portait une atteinte excessive aux droits de la défense la suppression, par la loi du 23 mars 2019, du droit du prévenu de s'opposer à l'utilisation de la visioconférence pour les audiences de prolongation de la détention provisoire, y compris lorsque le recours n'était pas justifié par des risques graves de troubles à l'ordre public ou d'évasion, « *eu égard à l'importance de la garantie qui s'attache à la présentation physique de l'intéressé devant le magistrat ou la juridiction compétent dans le cadre d'une procédure de détention provisoire* » (voir aussi, Cons. const., déc. n° 2019-802 QPC du 20 sept. 2019 ; JCP éd. G, 2019, act. 1157, obs. M. Giacomelli ; Cons. const., déc. n° 2020-836 QPC du 30 avr. 2020, Cah. Cons. const., Titre VII, n° 5, oct. 2020, obs. E. Bonis ; JCP éd. G*, 2020*,* 615 ; Dr. pén. 2020, chron. 9, spéc. n° 10, obs. F. Safi ; Gaz. Pal., n° 24, 30 juin 2020, p. 38, obs. F. Malhière ; Gaz. Pal., n° 27, 21 juill. 2020, p. 18, note P. Le Monnier de Gouville ; AJ pénal 2020, p. 373, obs. J.-B. Perrier). C'est donc en enfilant les pantoufles constitutionnelles que le requérant soulevait l'inconstitutionnalité d'une disposition qui conduisait à ce même résultat. Celui-ci ne se fit pas attendre : eu égard à l'importance de la garantie qui peut s'attacher à la présentation physique de l'intéressé devant la juridiction pénale, la disposition porte une atteinte excessive aux droits de la défense, même si le législateur a entendu contribuer à la bonne administration de la justice et au bon usage des deniers publics, en évitant les difficultés et les coûts occasionnés par l'extraction de la personne placée en détention provisoire (Cons. const., 21 mars 2019, préc.).

Toutefois, un second argument s'opposait à une validation constitutionnelle si besoin en était : même si le recours à la visioconférence n'était qu'une faculté pour le juge, ses conditions et critères d'application n'étaient pas précisés. Or, par exemple, en cas de communication à distance, l'avocat et l'interprète du détenu doivent pouvoir se tenir près du magistrat et l'avocat communiquer en toute confidentialité avec son client (CPP, art. 706-71, al. 6). Rien n'était précisé dans les ordonnances de sorte que la généralisation -- ou presque -- de la visioconférence combinée à l'absence de garde-fous entraînent logiquement la censure constitutionnelle.

Le Conseil règle ensuite les conséquences de ses décisions d'abrogation, pour le moins originales : en effet, les dispositions abrogées n'existant plus s'agissant de droit transitoire, il n'est guère besoin d'en reporter les effets. Pour autant, il ne saurait être question de remettre en cause les mesures qui auraient pu être prises sur le fondement des articles abrogés, car cela méconnaîtrait les objectifs de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions, de sorte qu'aucune mesure ne pourra être contestée sur le fondement de cette inconstitutionnalité.

MINEURS. Présidence du tribunal pour enfants par un juge des enfants ayant instruit l'affaire. Cons. const., déc. n° 2021-893 QPC du 26 mars 2021. (VP)

Même abrogée, l'ordonnance du 2 février 1945 encourt un risque d'abrogation... C'est en substance la leçon à tirer de la décision du 26 mars 2021. Plus sérieusement, cette dernière semble marquer l'épilogue de la question relative à l'impartialité du juge des enfants (Cons. const., déc. n° 2021-893 QPC du 26 mars 2021 ; « Impartialité du juge des enfants : épilogue d'une saga judiciaire », *Droit de la famille* 2021, comm. 84, obs. P. Bonfils). En effet, remettant en cause, au nom du principe d'impartialité des juridictions tiré du respect du procès équitable, une pratique jugée efficace qui consistait pour un magistrat à suivre un mineur délinquant, de l'instruction jusqu'au jugement de son affaire, pour prendre les mesures les plus adaptées à sa situation, la Cour européenne des droits de l'homme a engendré questionnements et difficultés. Pour rappel, l'affaire *Adamkiewicz c. Pologne* (CEDH 2 mars 2010, n° 54729/00 : D. 2010, p. 1324, note Ph. Bonfils) s'opposa à ce que le juge des enfants qui avait instruit le dossier d'un mineur renvoie celui-ci devant la juridiction de jugement. Le Conseil constitutionnel, tirant les enseignements du coup de semonce européen, censura, par deux fois, des dispositions qui contrevenaient à cette solution (Cons. const., déc. n° 2011-147 QPC du ; Cons. const., déc. n° 2011-635 DC du 4 août 2011). Il abrogea notamment l'article L. 251-3 du Code de l'organisation judiciaire qui précisait à l'époque que le tribunal pour enfants était composé d'un juge des enfants, président, et de plusieurs assesseurs. Il fut alors modifié par la loi n° 2011-1940 du 26 décembre 2011 pour prévoir que le juge des enfants qui avait renvoyé l'affaire devant le tribunal pour enfants ne pouvait présider cette juridiction. Cette construction prétorienne engendra certaines difficultés, notamment dans les petites juridictions qui ne comptaient pas beaucoup de magistrats spécialisés, le juge qui avait instruit l'affaire présidant malgré tout l'audience de jugement devant le tribunal après qu'un autre magistrat eut signé l'ordonnance de renvoi... Toutefois, cette situation apparaissait incompatible avec la vision du procès équitable défendue par l'article 6 §1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales si bien qu'une question prioritaire de constitutionnalité semblait inévitable...de même que la solution qu'elle induisait. C'est donc fort naturellement que le Conseil constitutionnel abroge le deuxième alinéa de l'article L. 251-3 du Code de l'organisation judiciaire, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

Le Conseil règle ensuite les conséquences de l'abrogation prononcée : jugeant qu'elle aurait des conséquences manifestement excessives -- en supprimant l'interdiction faite au juge des enfants qui a renvoyé le mineur devant le tribunal des enfants de présider cette juridiction --, il reporte ses effets au 31 décembre 2022. Toutefois, l'ordonnance du 2 février 1945 aura cessé d'exister dès le 30 septembre 2021, date à laquelle elle aura -- en principe -- été remplacée par le Code de la justice pénale des mineurs. Pour conserver l'utilité de cette solution, le Conseil prévoit que, jusqu'à l'entrée en vigueur d'une nouvelle loi et au plus tard jusqu'au 31 décembre 2022, dans les instances où le mineur a fait l'objet d'une ordonnance de renvoi postérieure à la présente décision, le juge des enfants qui a instruit l'affaire ne peut présider le tribunal pour enfants. En effet, il est nécessaire de tenir compte des procédures engagées avant l'entrée en vigueur du futur Code.

(EB)

(1) : Pour une application récente de cette obligation au moment de la saisine du juge d'instruction par le parquet : Cass. crim., 11 mai 2021, pourvoi n° 20-82.267 : *Procédures* 2021, comm. 207, obs. J. Buisson.

(2) : [Cons. const., déc. n° 2018-730 QPC du 14 sept. 2018] : *Nouveaux Cahiers du Conseil const.*, Chronique de droit pénal et de procédure pénale, *Tit VII [En ligne]*, avril 2019, n° 2, p. 92-95, note E. Bonis ; P. Bonfils, « Inconstitutionnalité de l'article 706-113 du Code de procédure pénale », *Droit de la famille*, n°11, 2018, comm. 269 ; A.-S. Chavent-Leclère, « Inconstitutionnalité de l'absence d'information obligatoire du tuteur ou du curateur », *Procédures*, n°11, 2018, comm. 344 ; J. Garrigue, « Le majeur protégé gardé à vue et ses droits de la défense, un constat de carence », JCP éd. G. 2018, p. 1149. V. aussi, [Daloz actualité, 21 sept. 2018], obs. S. Fucini ; *AJ pénal* 2018. 518 obs. J. Frinchaboy ; *RTD civ.* 2018. 868, obs. A.-M. Leroyer.

(3) : C. pr. pén., art. 706-112-1 ajouté par la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 à compter du 1^{er} juin 2019.

(4) : C. pr. pén., art. 706-112-1-1 ajouté par la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 à compter du 1^{er} juin 2019. V. déjà pour un contrôle de constitutionnalité

de l'audition libre d'un majeur protégé : Cons. const., déc. n° 2020-836 QPC du 30 avril 2020 : *Dr. pénal* 2020, Chron. 9, spéc. n° 1, obs. M. Brénaut ; *Dr. famille* 2020, comm. 61, note Ph. Bonfils ; Cahiers Cons. const., *Titre VII*, n° 5, oct. 2020, obs. E. Bonis.

(5) : Cons. const., déc. n° 2020-873 QPC du 15 janvier 2021 : *AJ pénal* 2021, p. 160, note N. Rias.

(6) : Cass. crim., 13 octobre 2020, pourvoi n° 20-82.267.

(7) : Cass. crim., 26 juin 1958, *Bull. crim.* n° 506. Il doit également être donné de façon explicite ce qui exclut qu'un individu puisse être considéré comme ayant implicitement donné son consentement à une perquisition en recevant les enquêteurs chez lui : Cass. crim., 19 juin 1957, *Bull. crim.* n° 507.

(8) : Cass. crim., 16 janvier 2018, pourvoi n° 16-87.168. V. déjà auparavant Cass. crim. 19 juin 1957, *Bull. crim.* n° 507.

(9) : C. pr. pén., art. 56.

(10) : Cons. const., déc. n° 2020-884 QPC du 12 février 2021, *Dr. pénal* 2021, comm. 79, note E. Bonis ; *Procédures* 2021, comm. 119, obs. J. Buisson

(11) : Cass. crim., 18 novembre 2020, pourvoi n° 20-90.024 : *Dr. pénal* 2021, étude n° 3, n° 19, nos obs.

(12) : V. à ce sujet l'apport de la jurisprudence européenne à l'origine de l'adoption de la loi du 5 juin 2007 : CEDH, 30 janv. 2001, *Vaudelle c/ France*, req. < ; REF TYPE=« JUR » REFID=« JURI_CEDH_2001-01-30_35683/97 »> ; n° 35683/97< ;/REF> ;, spec. § n°62 - *JCP*2001. I. 342, n° 14, obs. Sudre ; *JCP*2001. II. 10526, note Di Raimondo ; < ; REF TYPE=« REV » REFID=« RECUEIL/NOTE/2002/0047 »> ;[D.]2002[.] 353, note Gouttenoire-Cornut et Rubi Cavagna< ;/REF> ; ; < ; REF TYPE=« REV » REFID=« RECUEIL/OBS/2002/1120 »> ; D. 2002. Somm. 2164, obs. Lemouland< ;/REF> ; ; *JCP*2001. II. 10526, note Di Raimondo ; *Dr. fam.* 2001, n° 66, obs. Fossier ; *LPA* 19 nov. 2001, note Massip ; < ; REF TYPE=« REV » REFID=« RTDCIV/CHRON/2001/0130 »> ;[RTD civ].] 2001[.] 330, obs. Hauser< ;/REF> ; ; < ; REF TYPE=« REV » REFID=« RTDCIV/CHRON/2001/0126 »> ; 2001.439, obs. Marguenaud.

(13) : Selon le nouvel article 712-6 : « *Les jugements concernant les mesures de placement à l'extérieur, de semi-liberté, de fractionnement et suspension des peines, de détention à domicile sous surveillance électronique et de libération conditionnelle sont rendus, après avis du représentant de l'administration pénitentiaire, à l'issue d'un débat contradictoire tenu en chambre du conseil, au cours duquel le juge de l'application des peines entend les réquisitions du ministère public et les observations du condamné ainsi que, le cas échéant, celles de son avocat, sans préjudice de l'application des dispositions de l'article 712-16-3.* ».

(14) : L'article 712-16-3, en vigueur depuis le 27 décembre 2020, dispose quant à lui : « *Lorsque le condamné est une personne majeure faisant l'objet, conformément à l'article 706-112, d'une mesure de protection juridique, son curateur, son tuteur ou la personne désignée en application des articles 706-114 ou 706-117 est avisé de la date du débat contradictoire prévu à l'article 712-6 ou de l'audience prévue à l'article 712-13. Ce curateur, ce tuteur ou cette personne peut faire des observations écrites ou être entendu comme témoin par la juridiction de l'application des peines, sur décision de son président. Le condamné doit être assisté d'un avocat, désigné par lui ou l'une de ces personnes ou, à la demande du juge de l'application des peines, par le bâtonnier, conformément à l'article 706-116.* ».

(15) : Pour aller plus loin à ce sujet, E. Bonis, « Création d'une obligation d'information du mandataire désigné pour représenter ou assister le condamné placé sous un régime de protection des audiences de jugement en phase d'application des peines », *Dr. pénal* 2021, étude n° 9.

(16) : Cons. const., déc. n° 2020-886 QPC du 4 mars 2021, *Dr. pénal* 2021, comm. 76, note A. Maron et M. Haas ; *Procédures* 2021, comm. 118, obs. J. Buisson. V. aussi la déc. de renvoi : Cass. crim., 1^{er} déc. 2020, pourvoi n° 20-90.027.

(17) : Cons. const., déc. n° 2021-895/901/902/903 QPC du 9 avril 2021. V. aussi, les déc. de renvoi : Cass. crim., 9 février 2021, pourvoi n° 20-86.533 ; 16 février 2021, pourvoi n° 20-86.537 et 24 février 2021, pourvoi n° 20-86.537 : *Dr. pénal* 2021, comm. 76, note A. Maron et M. Haas ; *AJ pénal* 2021, p. 269, note G. Courvoisier-Clément ; *Procédures* 2021, comm. 120, obs. A.-S. Chavent-Leclère.

(18) : Cons. const., déc. n° 2021-920 QPC du 18 juin 2021.

(19) : On rappellera que la chambre criminelle estime qu'il n'est pas nécessaire de notifier le droit de se taire à une personne mise en examen dès lors qu'elle n'est pas entendue sur les faits et les charges. Pour la Cour, dans un tel cas, on ne peut considérer la personne comme comparante au sens de l'article 199 du Code : Cass. crim., 27 janv. 2021, pourvoi n° 20-86.037 : *Dr. pénal* 2021, obs. 60, note A. Maron et M. Haas ; *Procédures* 2021, comm. 76, note A.-S. Chavent-Leclère.

(20) : De beaux jours même si la chambre criminelle a pu dire que l'information sur ce droit n'avait pas à être réitérée à chaque acte devant le juge d'instruction : Cass. crim., 4 nov. 2020, pourvoi n° 20-84.046.

(21) : # Cass. crim., 24 février 2021, pourvoi n° 20-86.537.

(22) : On rappellera que tel est désormais le cas devant la chambre de l'instruction saisie du contentieux des mesures de sûreté puisqu'à la suite d'une évolution, la Cour de cassation juge qu'il se déduit de l'article 5 1. c de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales que la chambre de l'instruction, à chacun des stades de la procédure, doit s'assurer, même d'office, que les conditions légales des mesures de sûreté sont réunies, en constatant expressément l'existence d'indices graves ou concordants rendant vraisemblable la participation comme auteur ou complice de la personne mise en examen à la commission des infractions dont le juge d'instruction est saisi : Cass. crim. 27 janvier 2021, pourvoi n° 20-85.990 : *AJ pénal* 2021, p. 154, note J. Boudot ; *Procédures* 2021, comm. 113, note A.-S. Chavent-Leclère. V. les confirmations ultérieures de cette évolution jurisprudentielle : Cass. crim. 9 fév. 2021, pourvoi n° 20-86.339 : *Procédures* 2021, comm. 116, obs. A.-S. Chavent-Leclère.

(23) : Const. const., déc. n° 2021-894 QPC du 9 avril 2021 : *Dr. pénal* 2021, comm. 112, obs. A. Maron et M. Lassalle.

(24) : Un parallèle pourrait être fait entre cette solution et la position prise dans le contentieux de l'Union européenne par la CJUE le 2 février 2021 qui dans le cadre d'enquêtes administratives conduites par l'autorité des marchés financiers italienne, les personnes doivent pouvoir refuser de répondre aux questions qui leur sont posées dès lors que peuvent être tirés des enseignements sur leur responsabilité pour une infraction passible de sanction à caractère pénal : CJUE, 2 février 2021, aff. C-481/19 : *AJ pénal* 2021, p. 213 et s., note M. Lassalle.

Citer cet article

Evelyne BONIS ; Virginie PELTIER. « Chronique de droit pénal et de procédure pénale (janvier à juin 2021) », Titre VII [en ligne], n° 7, *La liberté individuelle*, octobre 2021. URL complète : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/chronique-de-droit-penal-et-de-procedure-penale-janvier-a-juin-2021>