



HAL
open science

**“ Retour vers le futur ”, ou le remake inopportun d’une
trilogie opéré par le Conseil constitutionnel dans
l’approche des règles procédurales spécifiques à la
criminalité organisée**

Marc Touillier

► **To cite this version:**

Marc Touillier. “ Retour vers le futur ”, ou le remake inopportun d’une trilogie opéré par le Conseil constitutionnel dans l’approche des règles procédurales spécifiques à la criminalité organisée. *Lettre Actualités Droits-Libertés*, 2014, 10.4000/revdh.908 . hal-01655886

HAL Id: hal-01655886

<https://hal.science/hal-01655886>

Submitted on 5 Dec 2017

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

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

DROITS ET PRINCIPES CONSTITUTIONNELS DU DROIT PÉNAL ET DE LA PROCÉDURE PÉNALE (Art. 7, 9 et 16 DDHC ; art. 66 Constitution) : « Retour vers le futur », ou le *remake* inopportun d'une trilogie opérée par le Conseil constitutionnel dans l'approche des règles procédurales spécifiques à la criminalité organisée.

par Marc Touillier

Par une décision QPC du 9 octobre 2014, le Conseil constitutionnel a déclaré le paragraphe 8 bis de l'article 706-73 du Code de procédure pénale contraire à la Constitution, en ce qu'il permettait jusqu'à présent aux autorités judiciaires de porter à quatre-vingt-seize heures la durée maximale d'une mesure de garde à vue pour des faits d'escroquerie en bande organisée. Si la limitation des règles procédurales d'exception prévues au titre de la lutte contre la criminalité organisée paraît opportune, telle n'est pas le cas de la motivation sur laquelle se base le Conseil pour censurer la disposition en question dès à présent, refuser l'application des améliorations apportées par le législateur pour l'avenir et contenir les effets de l'abrogation de ce texte pour le passé.

Lire le texte intégral sur le site de la *Revue des Droits de l'Homme*

« *Nom de Zeus !* » Telle pourrait être la réaction d'un juriste féru de cinéma – qu'il ait ou non la qualité de docteur... – face au constat que le Conseil constitutionnel, naguère « *cantonné* » au contrôle de constitutionnalité *a priori* des dispositions législatives soumises à son appréciation, est désormais non seulement en mesure de différer dans le temps l'abrogation d'une disposition législative dont l'inconstitutionnalité a été déclarée *a posteriori*, mais aussi d'anticiper l'abrogation de dispositions tout juste adoptées... Pour tenter de démêler la complexité du pouvoir ainsi prêté aux sages de maîtriser à la fois le passé et le futur, il convient de revenir au présent, qui nous renvoie à une préoccupation bien réelle : la lutte contre la criminalité organisée, envisagée sous l'angle particulier du délit d'escroquerie.

Lorsqu'un tel délit est commis en bande organisée (au sens de [l'article 313-2, dernier alinéa, du Code pénal](#)), il est en effet susceptible de faire l'objet des règles spéciales d'investigation prévues par le titre XXV du livre quatrième du Code de procédure pénale relatif à la procédure applicable à la criminalité et à la délinquance organisées. Cette procédure particulière a été instituée par la [loi n° 2004-204 du 9 mars 2004](#) dite « *Perben II* » pour renforcer les prérogatives des autorités policières et judiciaires dans la lutte contre les activités illicites de groupes structurés à l'échelle nationale et internationale. L'[article 706-73 du Code de procédure pénale](#) dresse à cet effet une liste des infractions pouvant donner lieu à toute une série de mesures dérogeant au droit commun au cours des phases d'enquête, de poursuite, d'instruction et de jugement, au sein de laquelle figure le délit d'escroquerie en bande organisée depuis quelques années. Cette infraction a déjà connu une évolution tumultueuse puisqu'après avoir été insérée au paragraphe 8° *bis* de l'article 706-73 du Code de procédure pénale par la [loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance](#), elle en avait été retirée par la [loi n° 2007-1598 du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption](#) pour être déplacée à l'[article 706-1-3](#), avant de retrouver sa place initiale avec la [loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit](#). Le répit ainsi accordé au délit d'escroquerie n'aura toutefois été que de courte durée puisque c'est précisément dans sa rédaction issue de cette dernière loi qu'il a fait l'objet des deux questions prioritaires de constitutionnalité (QPC) examinées conjointement par le Conseil constitutionnel dans la [décision n° 2014-420/421 QPC du 9 octobre 2014](#).

Le Conseil a été saisi le 16 juillet 2014 par la Cour de cassation d'une QPC posée par M. Maurice L., relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit du paragraphe 8° *bis* de l'article 706-73 du Code de procédure pénale (Cass. crim., 16 juill. 2014, n° [14-90.021](#)). Le même jour, une autre QPC, posée par M. Bernard T. au sujet de l'article 706-88 du Code de procédure pénale, alinéas 1 à 5, a également été renvoyée au Conseil constitutionnel par la Cour de cassation (Cass. crim., 16 juill. 2014, n° [14-90.022](#)). Cette seconde question entendait remettre en cause la

constitutionnalité des dispositions autorisant la prolongation exceptionnelle d'une garde à vue au-delà du délai de droit commun et dans la limite de quatre-vingt seize heures pour des faits d'escroquerie en bande organisée. Dans un cas comme dans l'autre, les magistrats du quai de l'Horloge ont estimé que les dispositions contestées étaient applicables à la procédure et n'avaient pas déjà été déclarées conformes à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, car elles portaient directement – s'agissant de la première QPC – ou indirectement – s'agissant de la seconde – sur l'article 706-73, 8° bis, du Code de procédure pénale qui n'avait jusqu'à présent jamais été examiné par le Conseil. Le caractère sérieux des questions a quant à lui été admis par la Cour de cassation en raison notamment du risque d'atteinte à la liberté individuelle et aux droits de la défense qui pouvait résulter d'un délit ne portant pas, en lui-même, atteinte à la sécurité, à la dignité ou à la vie des personnes.

En déclarant le paragraphe 8° bis de l'article 706-73 du Code de procédure pénale contraire à la Constitution, la décision rendue par le Conseil constitutionnel le 9 octobre 2014 vient confirmer les craintes émises à cet égard par la Cour de cassation. Les sages ont estimé que « *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 ; [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 ce délit, 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, le 8° bis de l'article 706-73 du Code de procédure pénale méconnaît ces exigences constitutionnelles et doit être déclaré contraire à la Constitution* » (consid. 13). De ce point de vue, la décision ne saurait surprendre, bien qu'elle paraisse discutable, tant la précédente décision du Conseil ayant rejeté la prolongation exceptionnelle d'une garde à vue pour les délits de corruption, de trafic d'influence et de fraudes fiscale et douanière aggravées augurait du sort réservé à un certain nombre d'autres infractions entrant dans le champ d'application de la procédure applicable à la criminalité organisée (Cons. const., 4 déc. 2013, *Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière*, Déc. n° 2013-679 DC ; pour un commentaire, v. Marc Toullier, « [Le Conseil constitutionnel à la recherche de la juste proportion dans la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière](#) », [PDF] in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 2 janvier 2014). Tout autre est la lecture des passages de la décision consacrés aux conséquences de l'adoption de la loi n° 2014-535 du 27 mai 2014 (consid. 14-16) et aux effets dans le temps de la déclaration d'inconstitutionnalité (consid. 17-27), dont le contenu ne manque pas de surprendre, voire de dérouter. Il convient d'aborder ces différents aspects de la décision du 9 octobre 2014 en suivant le cheminement singulier proposé par le Conseil.

À l'instar de la célèbre trilogie réalisée par Robert Zemeckis, le Conseil constitutionnel propose en effet de l'accompagner pour un voyage dans le temps qui conduit tour à tour le lecteur à jauger la validité des règles procédurales d'exception applicables au délit d'escroquerie en bande organisée à l'aune du présent (1°), du futur (2°) et du passé (3°).

1°/- Le présent : la censure insatisfaisante de la prolongation exceptionnelle de la garde à vue pour des faits d'escroquerie en bande organisée

Les QPC examinées par le Conseil constitutionnel visaient à remettre en cause tant la constitutionnalité de l'article 706-73, 8° bis, du Code de procédure pénale, que celle des alinéas 1 à 5 de l'article 706-88 du même code. Dans la mesure où l'application du second de ces textes dépendait du premier, le Conseil a décidé de les joindre pour statuer par une seule décision. Après avoir opéré un recentrage justifié de son contrôle sur le seul article 706-73, 8° bis du Code de procédure pénale (A), le Conseil a prononcé la censure du paragraphe 8 bis de ce texte en reprenant les motifs discutables qu'il avait avancés dans sa décision n° 2013-679 DC du 4 décembre 2013 (B).

A – La limitation justifiée du contrôle de constitutionnalité à l'article 706-73, 8° bis, du Code de procédure pénale

Des deux QPC transmises au Conseil constitutionnel, seule la première avait de réelles chances de prospérer devant les sages de la rue Montpensier, nonobstant la bienveillance dont avait preuve la Cour de cassation à l'égard de la seconde. C'est qu'en effet, cette question portait sur la constitutionnalité de l'article 706-88 du Code de procédure pénale, dont les cinq premiers alinéas avaient déjà été examinés par le Conseil dans sa décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004 (Cons. const., 2 mars 2004, [Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité](#), Déc. n° 2004-492 DC, consid. 21-27). Pour admettre la recevabilité de cette QPC, la Chambre criminelle avait cru pouvoir retenir qu'« *en tant qu'elle entre dans le champ d'application des dispositions de l'article 706-73 8° bis du code de procédure pénale, elle [la disposition contestée] n'a[vait] pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel* » (Cass. crim., 16 juill. 2014, n° [14-90.022](#)). Les sages n'ont pas été aussi compréhensifs que les magistrats du quai de l'Horloge et ont prononcé un non-lieu à statuer doublement justifié concernant les cinq premiers alinéas de l'article 706-88 du Code de procédure pénale.

Le Conseil constitutionnel a d'abord rappelé que dans sa décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, il avait spécialement examiné l'article 706-88 du Code de procédure pénale inséré par l'article 1^{er} de la [loi du 9 mars 2004](#) et jugé que la prolongation de la garde à vue des auteurs de certaines infractions prévue par ce texte ne portait pas une atteinte excessive à la liberté individuelle compte tenu des garanties spéciales qui l'entouraient. Partant, les cinq premiers alinéas de l'article 706-88 ne pouvaient faire l'objet d'un nouvel examen en l'absence de changement des circonstances. Cette hypothèse, prévue par l'[article 23-2, 2°, de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958](#), avait déjà été invoquée en vain par un autre requérant au lendemain de l'abrogation par le Conseil des dispositions relatives au droit au silence et au droit à l'assistance d'un avocat dans le cadre du régime ordinaire de la garde à vue. Alors que pour ces dispositions, les sages avaient estimé que les modifications des circonstances de droit et de fait justifiaient un réexamen de leur constitutionnalité (Cons. const., 30 juill. 2010, [M. Daniel W. et autres](#), Déc. n° 2010-14/22 QPC, consid. 14-18), tel n'a pas été l'avis du Conseil concernant les alinéas 1^{er} à 6 de l'article 706-88 relatif au régime spécial de garde à vue applicable aux infractions relevant de la criminalité organisée (Cons. const., 22 sept. 2010, [M. Bulent A. et autres](#), Déc. n° 2010-31 QPC, consid. 4). Malgré l'absence regrettable de motivation à l'appui de ce non-lieu, les sages maintiennent qu'en l'absence de changement des circonstances, depuis la décision du 2 mars 2004, en matière de lutte contre la délinquance et la criminalité organisées, il n'y a toujours pas lieu de procéder à un nouvel examen de ces dispositions (consid. 10).

Le Conseil a ensuite écarté le grief tiré de ce que les cinq premiers alinéas de l'article 706-88 du Code de procédure pénale permettent le recours à une mesure de garde à vue de quatre-vingt-seize heures pour des faits d'escroquerie en bande organisée, car ils mettent en réalité en cause « *non l'article 706-88 en lui-même, mais l'inscription de cette infraction dans la liste prévue par son article 706-73* » (consid. 10). Ce faisant, le Conseil n'a pas donné suite à l'approche plus accueillante qu'avait retenue la Cour de cassation lors de son examen de recevabilité de la seconde QPC, et refusé toute possibilité de contrôle de constitutionnalité « *par ricochet* » d'une disposition législative en raison du lien qu'elle entretiendrait avec une autre. Sans doute la décision paraît-elle justifiée sur ce point, mais comme on va le voir plus loin, le refus exprimé par les sages de procéder à un contrôle extensif ne va pas les empêcher de se prononcer, en définitive, sur la validité des différentes mesures de surveillance et d'investigation applicables aux faits d'escroquerie en bande organisée. C'est dire que l'exclusion de l'article 706-88 du champ du contrôle opéré par le Conseil n'est qu'apparente, quoique le [commentaire autorisé](#) s'en défende en précisant que « *compte tenu de l'effet erga omnes attaché à ses décisions statuant sur la conformité de la loi à la Constitution, le Conseil constitutionnel ne procède pas à un contrôle "en tant que"* ».

Nonobstant ces considérations, seul le paragraphe 8° bis de l'article 706-73 du Code de procédure pénale pouvait donc faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité dans la mesure où il n'avait pas encore été examiné par le Conseil (sur ce point, v. les précisions apportées par le [commentaire autorisé](#), p. 5), contrairement aux infractions initialement contenues dans la liste prévue à cet article (v. Cons. const., 2 mars 2004, préc., consid. 15-19).

B – La censure discutable de l’article 706-73, 8° bis, du Code de procédure pénale

Malgré la limitation du contrôle de constitutionnalité à l’article 706-73, 8° bis, du Code de procédure pénale, les requérants à l’origine de la QPC relative à l’article 706-88 pouvaient nourrir l’espoir de parvenir à leurs fins puisque l’occasion était par là même donnée aux sages de se pencher sur l’applicabilité du second de ces textes. Comme le fait remarquer le Conseil dans la présente décision, « *l’inscription d’un crime ou d’un délit dans la liste des infractions visées par l’article 706-73 du Code de procédure pénale a pour effet de permettre, lors des enquêtes ou des instructions portant sur ce crime ou ce délit, la mise en œuvre d’une mesure de garde à vue dans les conditions prévues à l’article 706-88 du Code de procédure pénale et le recours à ceux des pouvoirs spéciaux d’enquête ou d’instruction prévus par le titre XXV du livre IV du Code de procédure pénale qui sont applicables à toutes les infractions visées par l’article 706-73* » (consid. 11). Dans ces conditions, les secousses engendrées par une censure du paragraphe 8° bis de l’article 706-73 du Code de procédure pénale ne pouvaient qu’être suivies de répliques sur l’applicabilité des mesures spéciales d’investigation touchant les délits d’escroquerie commis en bande organisée.

La décision d’inconstitutionnalité rendue sur ce point par le Conseil constitutionnel s’inscrit dans la continuité du précédent offert par la décision n° 2013-679 DC du 4 décembre 2013. Dans cette décision, les sages avaient eu à se prononcer sur la constitutionnalité de [l’article 706-1-1 du Code de procédure pénale](#) autorisant le recours à la quasi-totalité des techniques spéciales d’investigation prévues en matière de criminalité organisée – parmi lesquelles figurait la possibilité pour le juge d’instruction ou le juge des libertés et de la détention d’allonger la durée d’une garde à vue jusqu’à quatre-vingt-seize heures tout en reportant l’intervention de l’avocat à la quarante-neuvième heure de la mesure – pour les délits aggravés de fraude fiscale, certains délits douaniers, les délits de corruption et de trafic d’influence ainsi que le blanchiment de ces différents délits. Le Conseil avait alors considéré que l’allongement possible de la garde à vue selon les modalités fixées par l’article 706-88 du Code de procédure pénale portait une atteinte à la liberté individuelle et aux droits de la défense qui ne pouvait être regardée comme proportionnée au but poursuivi, dès lors qu’« *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* » (Cons. const., 4 déc. 2013, préc., consid. 77). La démarche suivie dans la présente décision pour censurer le paragraphe 8 bis de l’article 706-73 du Code de procédure pénale est peu ou prou la même : après avoir relevé que l’escroquerie est un délit contre les biens, le Conseil constitutionnel affirme que, « *même lorsqu’il est commis en bande organisée* », ce délit « *n’est pas susceptible de porter atteinte en lui-même à la sécurité, à la dignité ou à la vie des personnes* » (consid. 13). Par voie de conséquence, les sages estiment que le législateur ne pouvait autoriser le recours à la garde à vue selon les modalités fixées par l’article 706-88 du Code de procédure pénale sans 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 (*ibid.*).

Si la motivation retenue ici est le décalque de celle employée par le Conseil dans la décision rendue à propos de la loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, elle n’en appelle pas moins des observations spécifiques et d’autant plus nourries qu’elle confirme les craintes déjà exprimées à l’égard de ce précédent (v. [notre commentaire](#) de la décision du 4 décembre 2013 précitée). **En subordonnant la constitutionnalité du paragraphe 8 bis de l’article 706-73 du Code de procédure pénale à l’appréciation des conséquences du délit d’escroquerie sur la sécurité, la dignité et la vie des personnes, le Conseil constitutionnel érige de telles exigences en véritables critères de sélection des infractions susceptibles de faire l’objet des règles spéciales d’investigation prévues en matière de lutte contre la criminalité organisée.** C’est plus précisément la possibilité d’allonger la durée de la garde à vue à quatre-vingt-seize heures, contre quarante-huit en temps normal, tout en différant l’intervention de l’avocat jusqu’à la quarante-neuvième heure de la mesure qui est concernée, car les autres mesures de surveillance et d’investigation échappent étrangement à ces critères sélectifs.

Les notions de sécurité et de dignité auxquelles fait appel le Conseil constitutionnel renvoient à cet égard à des valeurs pour le moins imprécises, et donc contestables au regard de l'importance décisive qui leur est désormais conférée. Comment en effet affirmer que le délit d'escroquerie n'est pas susceptible de porter atteinte en lui-même à la sécurité ou à la dignité des personnes alors que, dans le même temps, le Conseil a admis qu'il en soit ainsi pour des infractions telles que le délit de blanchiment ou d'aide au séjour irrégulier d'un étranger en France et, sous une réserve tenant à la présence d'éléments de gravité suffisants, le crime de vol en bande organisée (Cons. const., 2 mars 2004, préc., consid. 16-18) ? L'explication ne provient assurément pas de la seule appartenance de l'escroquerie à la catégorie des délits puisque d'autres délits, de gravité analogue si l'on s'en tient aux peines encourues en l'absence de circonstances aggravantes, sont présents dans la liste prévue à l'article 706-73 du Code de procédure pénale (ainsi du délit de blanchiment prévu par l'[article 324-1 du Code pénal](#), qui est visé au paragraphe 14° de l'article 706-73 sans qu'il soit exigé qu'il ait été commis en bande organisée, contrairement au délit d'escroquerie). Cette exclusion du champ de l'article 706-73 ne s'explique pas non plus par le positionnement du délit d'escroquerie dans les infractions contre les biens (livre III du Code pénal), comme en témoigne la présence, au sein de la liste concernée, des infractions de blanchiment, de recel ou encore de destruction, dégradation et détérioration d'un bien.

Faut-il se résoudre à admettre, comme le fait le Conseil, que l'escroquerie ne saurait porter intrinsèquement atteinte à la sécurité ou à la dignité des personnes ? Mais alors comment départager cette infraction du blanchiment, du recel ou du vol qui ne semblent guère plus – ou moins, c'est selon – menaçantes pour la sécurité ou la dignité des personnes ? Doit-on en venir à attendre du législateur qu'il le précise expressément ou qu'il intègre par exemple l'escroquerie dans la catégorie « *fourre-tout* » des atteintes à la dignité de la personne prévue par le livre II du Code pénal (laquelle comprend des agissements aussi divers que la [dissimulation forcée du visage](#), [l'exploitation de la vente à la sauvette](#) ou la [profanation de sépulture](#)) ? L'exemple tiré de la récente condamnation de l'Église de scientologie pour des faits d'escroquerie en bande organisée aurait pourtant dû suffire à rappeler qu'une telle infraction peut tout à fait heurter les valeurs précitées sans qu'il soit besoin d'y adjoindre des actes de violences ou de menaces comme le suggère ensuite le Conseil constitutionnel (consid.16). Dans cette affaire ayant donné lieu à un pourvoi en cassation, la Chambre criminelle a admis que le fait d'user de manœuvres frauduleuses consistant à proposer un test de personnalité, sans valeur scientifique, conçu pour donner de mauvais résultats, suivi de propositions de vente de services et d'ouvrages censés résoudre les difficultés décelées, et en incitant les victimes, par des pratiques particulièrement offensives, à remettre des sommes d'argent importantes, constituait une escroquerie (Cass. crim., 16 oct. 2013, n° [03-83910](#), [05-82121](#) et [12-81532](#)). La description des faits visés permet aisément d'y voir des pratiques contraires à la sécurité ou à la dignité des personnes, quand bien même la finalité poursuivie par leurs auteurs était exclusivement financière. Cet exemple choisi parmi d'autres vise à montrer qu'il **n'y a guère d'explication convaincante à l'appui des critères dégagés par le Conseil pour admettre ou non qu'une infraction puisse donner lieu à une garde à vue d'une durée maximale de quatre-vingt-seize heures.**

Il est dès lors difficile de se satisfaire de la censure du paragraphe 8° *bis* de l'article 706-73 du Code de procédure pénale, même si elle contribue, à l'instar de l'invalidation des dispositions concernées dans la décision n° 2013-679 DC du 4 décembre 2013, à freiner l'expansion inconsidérée du champ d'application de la procédure d'exception prévue en matière de lutte contre la criminalité organisée (pour une critique en ce sens, v. aussi [l'avis rendu par la Commission nationale consultative des droits de l'homme le 25 septembre 2014 sur le projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme](#), §§ 26-29).

*

La décision du Conseil constitutionnel apparaît d'autant moins convaincante sur ce point qu'il refuse ensuite d'admettre, par une appréciation aussi contestable qu'inattendue, les efforts employés entre-temps par le législateur pour remédier à l'inconstitutionnalité de la prolongation exceptionnelle de la garde à vue pour des faits d'escroquerie en bande organisée. L'occasion est donnée de se tourner vers le futur des dispositions concernées par cette décision.

*

2°/- Le futur : l'appréciation déroutante de la constitutionnalité des dispositions applicables aux faits d'escroquerie en bande organisée

De manière inattendue, la décision n° 2014-420/421 QPC du 9 octobre 2014 donne à voir un contrôle de constitutionnalité de la modification apportée à l'article 706-88 du Code de procédure pénale par la [loi n° 2014-535 du 27 mai 2014 portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2012, relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales](#). Après avoir préjugé de l'inconstitutionnalité des dispositions introduites par le législateur (A), le Conseil entérine de façon contestable l'applicabilité des autres mesures de surveillance et d'investigation applicables aux faits d'escroquerie en bande organisée (B).

A – L'inconstitutionnalité préjugée de la modification apportée à l'article 706-88 du Code de procédure pénale par le législateur

Pour tenter d'enrayer l'invalidation des dispositions contestées dans la présente décision, le Premier ministre avait invoqué la modification apportée à l'article 706-88 du Code de procédure pénale par la loi n° 2014-535 du 27 mai 2014. Cette loi, adoptée pour renforcer les droits des individus mis en cause aux différentes phases de la procédure pénale, a notamment prévu dans son article 4 de compléter le texte susvisé par un alinéa aux termes duquel : « *Le présent article n'est pas applicable au délit prévu au 8° bis de l'article 706-73 ou, lorsqu'elles concernent ce délit, aux infractions mentionnées aux 14° à 16° du même article. Toutefois, à titre exceptionnel, il peut être appliqué si 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, dès lors que la poursuite ou la réalisation des investigations nécessaires à la manifestation de la vérité rend indispensable, en raison de leur complexité, la prolongation de la garde à vue. Les ordonnances prolongeant la garde à vue sont prises par le juge des libertés et de la détention, sur requête du procureur de la République ou du juge d'instruction. Elles sont spécialement motivées et font référence aux éléments de fait justifiant que les conditions prévues au présent alinéa sont réunies. Les sixième et septième alinéas du présent article ne sont pas applicables* ». Au vu des modifications apportées par ce nouvel alinéa, entré en vigueur le 2 juin 2014 – donc après la survenance des faits à l'origine des QPC, mais quelques semaines avant leur transmission au Conseil constitutionnel –, le Conseil était ainsi invité à tenir compte des efforts entrepris par le législateur pour mettre fin à l'inconstitutionnalité dénoncée par les requérants dans les QPC soumises à son appréciation.

D'emblée, le procédé interpelle par sa singularité, car si le Conseil constitutionnel dispose d'une compétence bien établie pour contrôler la conformité à la Constitution des lois qui lui sont déférées avant leur promulgation (article 61 de la Constitution) et, depuis le 1^{er} mars 2010, des dispositions législatives en vigueur lorsqu'elles portent atteinte aux droits et libertés constitutionnellement garantis (article 61-1 de la Constitution), il n'a pas été habilité à examiner des dispositions provenant d'un autre texte législatif que celui faisant l'objet de sa saisine, que ce soit dans le cadre d'un contrôle *a priori* ou *a posteriori*. En invitant les sages à constater que la modification apportée à l'article 706-88 du Code de procédure pénale par la loi du 27 mai 2014 avait mis fin à l'inconstitutionnalité dénoncée par les requérants, la demande faite par le Premier ministre se situait d'une certaine manière à l'intersection de ces deux formes de contrôle, puisqu'elle revenait à permettre au Conseil de se prononcer *a posteriori* sur la constitutionnalité d'une disposition qui n'existait pas lors de la survenance des faits à l'origine de sa saisine et qui n'avait pas davantage été soumise à son examen avant la promulgation de la loi susvisée (la loi du 27 mai 2014 ayant échappé à un contrôle de constitutionnalité *a priori*). **Le Gouvernement demandait, plus encore, aux sages de neutraliser la censure *a posteriori* du paragraphe 8° bis de l'article 706-73 du Code de procédure pénale compte tenu des garanties apportées entre-temps à l'article 706-88 qui autorise la prolongation exceptionnelle de garde à vue en présence de l'infraction contestée.**

Pour déroutant qu'il soit, ce contrôle *sui generis* suggéré par le Premier ministre ne constituait pas un « *premier coup d'essai* ». Comme le relève le [commentaire autorisé](#) (p. 13), « *le Gouvernement*

demandait ainsi au Conseil constitutionnel de transposer la solution adoptée dans sa décision n° 2014-396 QPC du 23 mai 2014 sur les classements des cours d'eau dans laquelle le Conseil avait jugé que les dispositions du paragraphe I de l'article L. 214-17 du Code de l'environnement "étaient" contraires à la Constitution avant le 1^{er} janvier 2013 (article 1^{er} du dispositif de la décision) mais qu'elles "sont" conformes à la Constitution à compter de cette date (article 2) compte tenu de l'entrée en vigueur de la loi n° 2012-1460 du 27 décembre 2012 ». À la différence de la décision susvisée (Cons. const., 23 mai 2014, [France Hydro Électricité](#), Déc. n° 2014-396 QPC) où, « pour la première fois depuis l'entrée en vigueur de la QPC, le Conseil constitutionnel était confronté à une situation dans laquelle des dispositions méconnaissant une exigence constitutionnelle étaient, sans avoir été modifiées ou remplacées, "devenues" conformes à cette exigence du fait de l'entrée en vigueur d'autres garanties légales » ([commentaire autorisé](#) de la décision n° 2014-396 QPC, p. 9), les sages ont toutefois jugé la situation inchangée en l'espèce.

Pour le Conseil constitutionnel, 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 paragraphe 8° bis de l'article 706-73 (consid. 16). **Il est permis d'y voir, par contre-coup, un véritable pré-jugement d'inconstitutionnalité des nouvelles dispositions** dont les motifs appellent, là aussi, quelques observations tant ils peinent à convaincre. Alors que le législateur avait pris acte des lacunes entachant le régime spécial de garde à vue applicable au délit d'escroquerie en bande organisée en décidant que la prolongation exceptionnelle de cette mesure ne pourrait plus s'appliquer à ce délit ou aux infractions de blanchiment, de recel, d'association de malfaiteurs ou encore de non-justification de ressources correspondant au train de vie en rapport avec ce délit (il s'agit des infractions mentionnées aux 14° à 16° de l'article 706-73 du Code de procédure pénale), sauf dans les cas « exceptionnels » où de telles infractions ont été commises dans des conditions portant atteinte à la sécurité, à la dignité ou à la vie des personnes ou aux intérêts fondamentaux de la nation ou si l'un des faits constitutifs de l'infraction a été commis hors du territoire national, le Conseil persiste en premier lieu à considérer que « ni les éléments constitutifs du délit d'escroquerie ni les circonstances aggravantes de ce délit ne font référence à des faits d'atteinte à la sécurité, à la dignité ou à la vie des personnes » (consid. 16). **À rebours des espérances du Parlement et du Gouvernement, le Conseil privilégie la rigidité des critères qu'il a dégagés pour refuser toute possibilité de prolonger une garde à vue en présence d'un délit d'escroquerie commis dans des conditions portant atteinte, entre autres, à la sécurité, à la dignité ou à la vie des personnes.** À croire qu'il est proprement invraisemblable de concevoir que cette infraction puisse être commise dans de telles circonstances tant que lesdits critères n'auront pas été inscrits dans le marbre de la loi !

Au lieu d'assouplir leur position – à défaut de revoir ces critères inappropriés –, les sages n'hésitent pourtant pas à dispenser une leçon de droit pénal spécial au législateur en l'exhortant, en second lieu, à revoir sa copie et à se contenter plutôt de l'application du régime spécial de garde à vue à la qualification d'extorsion. S'il est incontestable que « le fait d'obtenir la remise de fonds, de valeur ou d'un bien quelconque par violence ou menace » peut caractériser l'infraction d'extorsion au sens de l'[article 312-1 du Code pénal](#) et, par voie de conséquence, autoriser une garde à vue d'une durée maximale de quatre-vingt-seize heures par l'application combinée des articles 706-73, 8°, et 706-88 du Code de procédure pénale (sous réserve que l'extorsion revête alors une qualification criminelle par la présence de certaines circonstances aggravantes), cela ne signifie pas pour autant que la qualification d'escroquerie perd toute utilité. À s'en tenir aux critères restrictifs adoptés par le Conseil constitutionnel, il faut en effet rappeler qu'une personne peut être amenée à remettre des fonds, valeurs ou biens quelconques à une autre dans des conditions portant atteinte à sa sécurité, à sa dignité ou même à sa vie sans qu'il soit possible d'y voir une extorsion. Les faits ayant donné lieu à la condamnation de l'Église de scientologie dans l'affaire signalée plus haut en fournissent une bonne illustration en ce qu'ils témoignent du caractère éminemment pernicieux de l'infraction d'escroquerie, et donc de l'utilité de cette qualification, lorsqu'elle est commise au moyen de méthodes qui ne présentent pas la même visibilité que celles de l'extorsion alors qu'elles peuvent s'avérer tout autant préjudiciables pour la victime... et ne semblent en définitive pas moins heurter les valeurs auxquelles s'accroche désormais le Conseil constitutionnel pour refuser l'allongement d'une garde à vue.

C'est dire que la logique à la fois rigoriste et subjectiviste dans laquelle s'est engagé le Conseil mène à une impasse et rend critiquable l'opportunité de préjuger sur ce fondement de la constitutionnalité des modifications que le législateur avait cru bon d'apporter au régime spécial de

garde à vue applicable au délit d'escroquerie en bande organisée. **Il eût été préférable que les sages s'en tiennent à des critères objectifs, tenant à la gravité de l'infraction – mais en la liant alors à la sévérité des peines encourues plutôt qu'à des valeurs qui n'en traduisent qu'une vision réductrice – et à la complexité des investigations, pour juger si l'ensemble du régime procédural spécifique à la lutte contre la criminalité organisée, et non les seules dispositions relatives à la garde à vue, pouvait valablement s'appliquer aux faits d'escroquerie en bande organisée.**

Telle était la voie opportunément ouverte par la loi du 27 mai 2014 à travers l'encadrement institué par le nouvel alinéa 9 de l'article 706-88 du Code de procédure pénale. Au lieu d'y voir une série de garanties suffisantes (d'autant que le législateur a exclu le report de l'intervention de l'avocat en cas de prolongation de la garde à vue au-delà de quarante-huit heures), le Conseil a préféré proscrire tout recours à la garde à vue prévue par l'article 706-88 en formulant une réserve d'interprétation qui a vocation à s'appliquer à titre transitoire entre le 12 octobre 2014, date de publication de la présente décision, et le 1^{er} septembre 2015, date à laquelle l'abrogation du paragraphe 8 *bis* de l'article 706-73 prendra effet (consid. 26). Les modifications apportées au régime spécial de garde à vue applicable au délit d'escroquerie en bande organisée se trouvent en conséquence privées d'effet. Durant cette période continueront, en revanche, de s'appliquer les autres mesures de surveillance et d'investigation relevant de la procédure applicable à la criminalité et à la délinquance organisées.

B – La validation contestable des autres mesures de surveillance et d'investigation relevant de la procédure applicable à la criminalité organisée

Dans la décision n° 2013-679 DC du 4 décembre 2013, le Conseil constitutionnel avait choisi d'opérer une distinction entre, d'un côté, les pouvoirs de surveillance et d'investigation et les mesures conservatoires spécialement prévus au titre de la lutte contre la criminalité organisée, de l'autre, la garde à vue applicable dans ce cadre (Cons. const., 4 déc. 2013, préc., consid. 71-77). Le *distinguo* (pour reprendre le terme employé par le commentaire autorisé, p. 11) ainsi effectué par le Conseil l'avait conduit à appliquer aux seules dispositions relatives à la garde à vue les exigences découlant de l'atteinte intrinsèquement portée à la sécurité, à la dignité ou à la vie des personnes par les infractions concernées, pour en apprécier la conformité à l'aune du respect de la liberté individuelle et des droits de la défense. Les autres mesures de surveillance et d'investigation (ainsi de l'infiltration, des écoutes téléphoniques ou des sonorisations et fixations d'images de certains lieux ou véhicules) avaient quant à elles échappé à ces critères sélectifs, pour être plus largement subordonnées à la gravité et à la complexité des infractions visées et appréciées à l'aune du respect de la vie privée et du droit de propriété. Il en résultait une différence d'approche évidente entre ces deux catégories de mesures puisque les premières étaient soumises à des critères plus restrictifs – et donc appréciées plus sévèrement – que les secondes.

Le Conseil constitutionnel a décidé de conforter cette distinction entre mesures privatives de liberté et mesures restrictives d'autres droits pour admettre l'applicabilité des pouvoirs spéciaux d'enquête ou d'instruction autres que la garde à vue aux faits d'escroquerie en bande organisée. Reprenant à l'identique la formule employée dans la décision précitée du 4 décembre 2013, les sages ont considéré que les atteintes au respect de la vie privée et au droit de propriété résultant de la mise en œuvre de ces mesures spéciales de surveillance et d'investigation ne revêtaient pas un caractère disproportionné au regard du but poursuivi par le législateur, compte tenu des garanties les entourant (consid. 24). Cela revient à considérer que le délit d'escroquerie en bande organisée est suffisamment grave et complexe pour justifier le recours à des mesures aussi intrusives que les perquisitions nocturnes, les écoutes téléphoniques, les sonorisations et fixations d'images de certains lieux ou véhicules ou encore la captation de données informatiques, mais qu'il ne l'est pas assez pour donner lieu à la prolongation exceptionnelle d'une mesure de garde à vue, nonobstant l'intervention d'un magistrat du siège et la possibilité pour le suspect d'être assisté d'un avocat au cours de ses auditions et confrontations.

Pour compréhensible qu'elle soit, la réticence du Conseil à admettre l'allongement de la durée d'une garde à vue en présence de certaines infractions relevant de la criminalité organisée contraste de plus en plus avec l'indulgence dont il tend à faire preuve vis-à-vis des

autres mesures spéciales d'investigation applicables à ces mêmes infractions. Cette différence de traitement ne paraît plus se justifier plus lorsque l'on compare les garanties actuellement prévues par la garde à vue et d'autres mesures telles que les perquisitions nocturnes, qui peuvent être autorisées par un magistrat du siège sans aucune possibilité pour le suspect de bénéficier d'un avocat ou d'exercer un recours juridictionnel contre la décision du juge. Le Conseil constitutionnel n'en a pas moins estimé que l'abrogation immédiate du paragraphe 8 *bis* de l'article 706-73 du Code de procédure pénale aurait des conséquences manifestement excessives au regard de la faculté pour les enquêteurs d'utiliser les pouvoirs spéciaux de surveillance et d'investigation autres que la garde à vue (consid. 25).

*

Dans l'attente de l'abrogation de ce texte fixée au 1^{er} septembre 2015, le délit d'escroquerie en bande organisée continuera donc d'être soumis aux règles procédurales spécifiques à la lutte contre la criminalité organisée, à l'exception de celles relatives à la garde à vue dont l'utilisation a été proscrite dès à présent, pour l'avenir... mais pas pour le passé !

*

3°/- Le passé : le maintien regrettable des dispositions inconstitutionnelles relatives à la prolongation exceptionnelle de la garde à vue pour des faits d'escroquerie en bande organisée

Pour finir, le Conseil constitutionnel devait se prononcer sur les effets de l'abrogation de l'article 706-73, 8^o *bis*, du Code de procédure pénale au regard des actes de procédure accomplis antérieurement. De ce point de vue, **le verdict est sans surprise : les sages refusent que les mesures de garde à vue prises avant la publication de la présente décision en application des dispositions déclarées contraires à la Constitution puissent être contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité (consid. 27).**

Cette solution reprend celle qu'avait consacrée le Conseil dans la décision remarquée du 30 juillet 2010 (Cons. const., 30 juill. 2010, préc., consid. 30 ; pour un commentaire critique, v. not. Olivier Bachelet, « La garde à vue, entre inconstitutionnalité virtuelle et inconventionnalité réelle », *Gaz. Pal.*, 4-5 août 2010, n° 216-217, p. 14). Elle s'inscrit donc dans le prolongement de cette jurisprudence constante (selon les termes du commentaire autorisé, p. 15), qui peut également être perçue comme une fâcheuse habitude, tant elle revient à avaliser des actes de procédure pénale inconstitutionnels pour un nombre inconnu – mais qu'il est permis de supposer faible – de gardes à vue prolongées pour des faits d'escroquerie en bande organisée, sous prétexte que leur remise en cause méconnaîtrait l'objectif de valeur constitutionnelle de recherche des auteurs d'infractions et aurait des conséquences manifestement excessives. À la reprise péremptoire de la solution désormais classiquement retenue pour moduler les effets dans le temps des déclarations d'inconstitutionnalité frappant des actes de procédure pénale, on aurait préféré la nuance dans l'analyse, mais c'est semble-t-il le prix à payer face à des agissements relevant de la criminalité organisée.

*

* *

Malgré la limitation opportune du champ d'application des dispositions relatives à la prolongation exceptionnelle de garde à vue, la décision n° 2014-420/421 QPC du 9 octobre 2014 laisse en définitive un sentiment d'insatisfaction en raison des motifs qui guident désormais l'approche des règles procédurales spécifiques à la criminalité organisée par le Conseil constitutionnel. **Il est à souhaiter que le Conseil abandonne rapidement cette voie rigide et subjectiviste qui l'amène à se parer subrepticement de la plume du législateur** – alors même qu'il n'hésite pas à rappeler que le législateur tient de l'article 34 de la Constitution l'obligation de fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale (consid. 8) – **et qu'il se tourne à l'avenir vers des critères plus objectifs (ainsi de la gravité des infractions fondée sur l'échelle des peines encourues, doublée de la complexité**

des investigations face à la clandestinité des faits visés) pour contrôler, en considération de raisons impérieuses tenant aux circonstances particulières de l'enquête ou de l'instruction, l'applicabilité de toutes les méthodes d'investigation applicables aux infractions entrant dans le périmètre de la criminalité organisée.

Cons. const., Décision n° 2014-420/421 QPC du 9 octobre 2014, *M. Maurice L. et autre [Prolongation exceptionnelle de la garde à vue pour des faits d'escroquerie en bande organisée]* (commentaire et communiqué)

Pour citer ce document :

Les Lettres « Actualités Droits-Libertés » (ADL) du CREDOF (pour s'y abonner) sont accessibles sur le site de la Revue des Droits de l'Homme (RevDH) – Contact