

”Le détournement de la règle de procédure pénale au service de la répression”, Le Dossier : A qui profite le droit ?, Actes du colloque de Clermont-Ferrand du 26 mars 2015, textes réunis par F. Brunel, I. Guilhen, D. Huet et P-H. Paulet, La Revue du Centre Michel de l’Hospital [édition électronique], 2017, n° 11, pp. 49-54

Jean-Baptiste Perrier

► **To cite this version:**

Jean-Baptiste Perrier. ”Le détournement de la règle de procédure pénale au service de la répression”, Le Dossier : A qui profite le droit ?, Actes du colloque de Clermont-Ferrand du 26 mars 2015, textes réunis par F. Brunel, I. Guilhen, D. Huet et P-H. Paulet, La Revue du Centre Michel de l’Hospital [édition électronique], 2017, n° 11, pp. 49-54. La Revue du Centre Michel de l’Hospital - édition électronique, Centre Michel de l’Hospital CMH EA 4232, 2017, pp. 49-54. hal-01679009

HAL Id: hal-01679009

<https://hal.uca.fr/hal-01679009>

Submitted on 15 Oct 2019

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.

LE DETOURNEMENT DE LA REGLE DE PROCEDURE PENALE AU SERVICE DE LA REPRESSION

Jean-Baptiste **PERRIER**,¹

Professeur de droit privé et de sciences criminelles, Centre Michel de l'Hospital EA 4232,
Université Clermont Auvergne

Après avoir organisé, il y a deux ans, un colloque sur le thème « *Sexe et droit* », l'ACDD nous surprend encore. Le thème est polémique, provocateur ; il offre aussi une très grande liberté, dans la façon de l'aborder, dans le choix des réquisitions ou dans la défense qui sera adoptée. Mais cette liberté à un prix, car réfléchir au détournement de la norme pénale par les initiés, suppose de répondre à une question difficile : qui sont les initiés en matière pénale ?

La réponse n'est pas aisée, tout au plus peut-on dire que le sens est ici beaucoup plus large que les initiés, primaires ou secondaires, visés par les infractions boursières de délit et de manquements d'initiés. L'initié, en droit pénal, serait donc plus large, il renverrait à celui qui connaît la règle de droit, à celui à qui elle se destine.

L'on pense alors aux auteurs d'infraction et certains sont de véritables initiés, des délinquants aguerris qui connaissent parfois mieux la règle de droit que le jeune conseil, désigné pour venir les assister lors de la garde à vue, ou plutôt convient-il de dire, pour venir assister à la garde à vue, tant l'assistance de l'avocat est passive. Toutefois, cette catégorie renvoie plus au respect, ou au détournement profitable de la règle de droit pénal, au sens des incriminations générales que tout un chacun doit respecter. Or, l'enjeu de la question de savoir à qui profite le droit, en matière pénale, se situe sans doute plus sur la règle de procédure pénale. Dès lors, la question se précise : Qui doit respecter les règles de procédure pénale ? Et donc qui pourrait profiter de leur détournement ?

La réponse apparaît alors avec plus d'évidence : ce sont les services d'enquête, les services de police judiciaire, mais aussi les magistrats, la justice pénale, qui doivent respecter les prescriptions du *Code de procédure pénale*. Certes, certains détournements de la règle de procédure pénale peuvent profiter aux auteurs d'infractions, mais ils ne sont chargés ni de les respecter ni de les faire respecter.

Si l'on présente le *Code de procédure pénale* comme le code des malfrats, il ne faut jamais oublier que les règles de procédure pénale ont pour objectif d'assurer un équilibre, entre l'objectif répressif et le respect des droits des personnes suspectées. Ce n'est que lorsque la norme est détournée de cet équilibre, lorsqu'elle ne permet pas d'atteindre cet objectif en respectant les grands principes énoncés dans l'article préliminaire du *Code de procédure pénale* qu'il y a détournement, au sens du détournement de son objectif initial.

Et à bien y regarder, sous l'angle de la protection des droits, ce sont bien les autorités de poursuites, au sens large, qui ont intérêt au détournement de la norme et ce sont elles qui en ont la possibilité. Puisque la procédure pénale se veut être un droit d'équilibre (ce qu'elle n'est que très imparfaitement), parfois vu comme un obstacle à la poursuite des infractions, le détournement vise justement à contourner l'obstacle.

Cela étant, face aux principes en jeu, l'on pourrait s'attendre à ce qu'un tel détournement soit empêché, sinon sanctionné. La réalité est toute autre, tant il apparaît que dans certains cas, le détournement de la procédure pénale est admis. Reste à savoir pourquoi il est admis, et s'il est toujours admis.

Ces deux questions font apparaître l'enjeu de cette intervention consacrée au détournement de la procédure pénale au service de la répression : quelle en est la raison (I) et quelle en est la limite, quel en est le rempart (II). Il apparaît alors que la raison, c'est le pragmatisme, et que le rempart, c'est la loyauté.

I. LE PRAGMATISME POUR RAISON

Le pragmatisme est cette raison pour laquelle le détournement de la procédure pénale est accepté. Il s'agit en effet de voir pourquoi, dans certaines hypothèses, et alors que la norme de procédure pénale a, à l'évidence, été détournée, la Cour de cassation ne sanctionne pas ce détournement.

Pour bien comprendre une telle situation, *a priori* inacceptable, l'exemple est utile et le plus parlant est sans doute celui de la garde à vue.

¹ L'auteur a choisi de conserver le style oral de sa présentation.

L'on se rappelle en effet qu'après quelques tergiversations, quelques hésitations, la Cour de cassation a reconnu sans ambiguïté l'inconventionnalité des gardes à vue réalisées sans que l'intéressé ait reçu notification de son droit de garder le silence et sans qu'il ait pu être assisté par un avocat. Rendues en Assemblée Plénière, le 15 avril 2011, et largement reprises par la chambre criminelle les semaines suivantes, ces décisions semblaient condamner à une inévitable nullité toutes les gardes à vue ainsi réalisées.

L'on retrouvait les spectres de ce séisme que d'obscurs oracles nous annonçaient, prédisant le funeste sort que connaîtraient les procédures en cours, si la Cour de cassation devait reconnaître l'inconventionnalité des gardes à vue.

Cela étant, sur ce point, il fallait bien observer que, dans de très nombreuses hypothèses, l'inconventionnalité reconnue par la Cour de cassation ne pouvait être utilement invoquée dans les procédures en cours. L'inconventionnalité devait en effet avoir été soulevée avant toute défense au fond, à défaut de quoi l'article 385 du *Code de procédure pénale* s'opposait à ce qu'elle puisse être soulevée pour la première fois en appel, ou devant la Cour de cassation.

Les procès en cours étaient donc épargnés, et lorsque l'on se rappelle l'important taux de comparutions immédiates, l'on devine l'impact limité de telles décisions.

Par ailleurs, dans les affaires sensibles, ou dans les affaires les plus graves, c'est-à-dire celles donnant lieu à l'ouverture d'une information judiciaire, les dispositions applicables verrouillent plus encore cette possibilité de soulever la nullité. Elle doit en effet l'avoir été dans les six mois suivant l'interrogatoire de première comparution, à défaut de quoi une telle demande est irrecevable, selon l'article 173-1 du *Code de procédure pénale*.

Les termes utilisés par la Cour Suprême du Royaume-Uni, dans l'affaire *Cadder*, le 26 octobre 2010 résonnent, lorsqu'elle reconnaissait l'inconventionnalité de la garde à vue écossaise, avec effet immédiat, et ce quelles que soient les conséquences (*whatever the consequences*). Mais ils sonnent creux, tant l'on remarque que, pour la garde à vue française, les conséquences sont somme toute limitées, en ce que le *Code de procédure pénale* vient lui-même encadrer la possibilité d'en soulever la nullité.

Reste que, pour les autres hypothèses, celles où ni l'article 173-1, ni l'article 385, ni aucune autre disposition ne s'opposent à la possibilité de soulever la nullité, celle-ci existe. Et face au détournement de la règle de procédure pénale, elle semblait devoir être prononcée... sauf que la chambre criminelle a développé une jurisprudence étonnante, en indiquant, dans certaines affaires, qu'en effet, la garde à vue était nulle, et que les juges du fond s'étaient fourvoyés en refusant de la reconnaître, mais sans pour autant casser la décision rendue.

Comment une telle situation est-elle possible ? Comment expliquer un tel paradoxe ? La garde à vue devait être annulée, les juges du fond ont pourtant refusé cette nullité, la Cour régulatrice constate cette erreur, mais ne casse pas la décision des juges du fond.

La raison d'une telle situation tient ici au pragmatisme de la Cour de cassation. Dans ces affaires, elle reconnaît l'erreur des juges, mais refuse de censurer leur décision, car les juges ne se sont fondés « *ni exclusivement, ni même essentiellement sur les déclarations recueillies au cours de la garde à vue* ».

L'argument mérite d'être souligné : quoique la garde à vue soit nulle, la condamnation n'est pas annulée car les juges ne se sont fondés ni exclusivement ni même essentiellement sur elle. La Cour de cassation l'explique dans des décisions, dès 2011, et le rappelle régulièrement depuis.

L'argument mérite d'être souligné, et sans doute d'être partagé. À quoi bon ? À quoi bon en effet casser, renvoyer devant une nouvelle juridiction pour que celle-ci, ignorant les déclarations faites au cours de la garde à vue, condamne l'intéressé sur la base des autres éléments du dossier, c'est-à-dire en arrive au même résultat, mais en écartant expressément la garde à vue... ?

Il faut ici rappeler que le contentieux pénal, hors instruction, concerne pour l'essentiel des faits de faible gravité, les cinq infractions les plus commises sont, pour trois d'entre elles, des délits routiers (conduite sous l'emprise d'un état alcoolique, conduite sans assurance et conduite sans permis), les autres étant le vol et l'usage de stupéfiants. Or, pour ces infractions, à l'occasion de la poursuite desquelles l'intéressé aura peut-être tout avoué en garde à vue, les preuves recueillies hors garde à vue suffisent très souvent à la condamnation de l'auteur. L'intéressé reconnaît qu'il avait bu, ou qu'il n'a pas d'assurance, ou qu'il était en train de consommer des stupéfiants. La belle affaire ! Sans cette reconnaissance, les constatations réalisées suffisent amplement à

emporter la conviction du juge.

L'on comprend alors qu'il serait inutile, et au surplus chronophage, de renvoyer l'intéressé devant une juridiction pour qu'il y soit de nouveau jugé, alors que l'on peut d'ores et déjà considérer que la condamnation s'appuie (*et donc s'appuiera*) sur d'autres éléments.

L'on découvre ici le pragmatisme de la Cour de cassation, qui traduit néanmoins un détournement de la règle de droit, au profit de ses destinataires. L'entorse est acceptable, mais l'on voit néanmoins poindre le risque, celui de l'erreur : comment savoir ce qui aura, dans son for intérieur, déterminé le juge, essentiellement ou partiellement ? L'on comprend donc ce pragmatisme, mais l'on ne peut ignorer ce risque. Et ce risque est d'autant plus grand lorsque la Cour de cassation vient, pour la détourner, réécrire la norme pénale !

En effet, le raisonnement de la Cour de cassation sur ce fondement ni exclusif, ni même essentiel, n'est pas nouveau ; il n'a pas été créé pour la nullité de la garde à vue. Il avait déjà été appliqué à d'autres aveux, à la reconnaissance de culpabilité faite au cours d'une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, au cours d'une CRPC.

Dès l'introduction de ce dispositif, le législateur avait pris conscience d'une difficulté : que faire des aveux, de cette reconnaissance de culpabilité, en cas d'échec de la procédure simplifiée ? Peut-on l'utiliser par la suite, si l'intéressé, après avoir reconnu sa culpabilité, refuse la peine proposée, ou si le magistrat refuse d'homologuer l'accord conclu ?

Face au risque de détournement, le législateur a répondu par la négative, en indiquant, à l'article 495-14 du *Code de procédure pénale* que, dans de telles hypothèses, le procès-verbal reprenant les formalités accomplies ne peut être transmis à la juridiction d'instruction ou de jugement, et ni le ministère public, ni les parties ne peuvent faire état devant cette juridiction des déclarations faites ou des documents remis au cours de la procédure.

Le principe posé est clair, il vise à éviter un détournement de la norme pénale, une CRPC mise en œuvre pour recueillir des aveux, en vue de les utiliser par la suite.

Le principe est clair, opportun, et la Cour a dû rappeler à l'ordre des juridictions qui avaient ignoré cet article 495-14, pour utiliser expressément les déclarations faites dans le cadre d'une procédure inaboutie, pour fonder la condamnation prononcée à l'issue de la procédure mise en œuvre à la suite de l'échec de la CRPC.

Cette décision, du 17 septembre 2008, venait ainsi censurer le fait qu'il avait été fait état *par* la juridiction des déclarations faites dans la procédure de CRPC échouée. Or, l'on remarque que l'article 495-14 interdit qu'il soit fait état de ces déclarations *devant* la juridiction. *Par* la juridiction ou *devant* la juridiction, la distinction sémantique a-t-elle un sens ?

À la lecture d'une autre décision, celle du 30 novembre 2010, il semblerait que oui. La situation est ici celle d'une CRPC mise en œuvre, mais qui avait échoué ; le procès-verbal avait pourtant été transmis à la juridiction de jugement, qui l'avait écarté, mais qui avait néanmoins statué. L'intéressé conteste cette condamnation, en soulevant la méconnaissance de l'article 495-14. Cette méconnaissance semblait évidente, pourtant la Cour de cassation refuse de censurer la décision des juges du fond sur ce point. Selon la chambre criminelle, s'il avait été fait état de ces déclarations *devant* la juridiction, il n'en avait pas été fait état *par* la juridiction.

Dès lors que les juges du fond ne s'étaient pas fondés sur cette pièce pour asseoir en tout ou partie leur conviction sur la culpabilité, il n'a pas été porté atteinte aux intérêts du prévenu, et donc l'arrêt n'encourt pas la censure.

L'on retrouve ici, en filigrane, ce raisonnement que la chambre criminelle tiendra quelques temps plus tard pour la garde à vue. Dès lors que la juridiction ne s'est fondée ni exclusivement, ni même essentiellement sur la reconnaissance de culpabilité ainsi faite, la décision de condamnation n'est pas censurée.

L'on pourrait, ici encore, louer ce pragmatisme, tant il pourrait sembler inutile de renvoyer à une nouvelle juridiction, pour que celle-ci statue de nouveau, sans connaître des déclarations, et sans doute condamne de nouveau, à la vue des autres pièces du dossier.

Mais la situation est ici différente, en ce que le pragmatisme de la chambre criminelle la conduit à réécrire la loi, à réécrire l'article 495-14.

Accepter un certain détournement ou contournement de la norme, pour des raisons pragmatiques, est une chose ; réécrire la loi en est une autre.

Surtout, au-delà de l'exigence de respect de la norme, la difficulté vient ici de ce que le texte, ainsi réinterprété,

pourrait conduire à de nouveaux détournements, bien plus gênants.

Rien ne s'opposerait désormais à ce qu'un procureur, fort mal intentionné, mette en œuvre une CRPC, uniquement pour obtenir une reconnaissance de culpabilité, quitte à proposer une peine qui sera nécessairement refusée. Puis il glisse le procès-verbal dans le dossier, que la juridiction peut lire, sans en faire état elle-même.

En consacrant un détournement de la norme, au lieu de simplement le condamner, la chambre criminelle ouvre la voie à d'autres détournements, qui traduirait ici une déloyauté du magistrat, qui n'est bien sûr qu'hypothétique. Mais la question se pose alors, face à ce détournement, face à cette déloyauté, de savoir s'il n'existe aucune limite, aucun rempart.

II. LA LOYAUTE POUR REMPART

Face à ce risque, il apparaît que la loyauté est, fort opportunément, ce rempart, qui s'oppose à un détournement sans limite de la procédure pénale.

Pourtant, l'on enseigne traditionnellement que la déloyauté est admise en procédure pénale. L'on se rappelle encore, la décision du 30 avril 2014, où la chambre criminelle accepte qu'une preuve puisse être rapportée à la suite de la mise en place d'un forum de fraude à la carte bancaire (mis en place par les autorités américaines), et où l'auteur s'était incriminé. L'on se rappelle surtout de l'affaire dite du *testing*, qui avait conduit la Cour de cassation à admettre, le 11 juin 2002, une preuve déloyale, rapportée par une partie privée.

Ces exemples témoignent de ce que la déloyauté est admise, dans les preuves rapportées par les parties privées, sous réserve de l'habituelle distinction entre provocation à la preuve, qui est admise, et provocation à l'infraction, qui est refusée. Cela étant, cette question des parties privées dépasse notre propos, en ce qu'elles ne sont pas les destinataires de la règle de droit, en ce qu'elles ne sont pas chargées d'en assurer le respect.

Dès lors, la question se pose de savoir si les services d'enquête, si la police judiciaire, ou encore le juge, peuvent adopter des comportements déloyaux. L'on serait d'abord tenté de répondre non, en rappelant le principe posé dans l'affaire *Wilson*, en 1888.

L'on serait tenté de répondre non, mais pourtant, à bien y regarder, la réponse semble être positive. En effet, lorsque des interceptions de communications émises par voie de télécorrespondance sont réalisées - des écoutes téléphoniques -, il s'agit assurément de mettre en œuvre un procédé par principe déloyal, inévitablement déloyal, puisque l'intéressé est enregistré à son insu. Les sonorisations et fixations d'images relèvent de la même logique, tout comme la loi sur la géolocalisation qui permet de localiser une personne, à tout moment, à son insu. De même, les dispositions relatives à l'infiltration permettent à un enquêteur de cacher son identité et de se faire passer pour ce qu'il n'est pas, ce qui est encore un comportement déloyal.

Les enquêteurs, sous le contrôle d'un magistrat, peuvent donc recourir à des procédés en eux-mêmes déloyaux pour rapporter la preuve des infractions... à condition toutefois que ce procédé soit prévu et encadré par la loi, et que le cadre ainsi posé soit respecté.

La licéité (la légalité pour certains) est alors la condition de cette déloyauté admise. Et à dire vrai, dès lors que la règle de droit est respectée, elle n'est donc pas détournée, de telle sorte que la loyauté n'est pas un rempart contre le détournement, mais plutôt l'inverse.

En revanche, lorsque la déloyauté n'est pas permise par la loi, le procédé déloyal doit être refusé, car l'exigence de loyauté s'oppose à ce que l'on puisse ainsi détourner la norme pénale. C'est ce que l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a rappelé le 6 mars 2015, concernant les écoutes réalisées dans les cellules de garde à vue.

La Cour a en effet considéré, pour censurer la décision des juges du fond, que « *le placement, durant les périodes de repos séparant les auditions, de deux personnes retenues dans des cellules contiguës préalablement sonorisées, de manière à susciter des échanges verbaux qui seraient enregistrés à leur insu pour être utilisés comme preuve, constitue un procédé déloyal d'enquête mettant en échec le droit de se taire et celui de ne pas s'incriminer soi-même et portant atteinte au droit à un procès équitable* ».

À l'évidence, la Cour vient ici sanctionner le détournement de la norme pénale, et l'on se rassure en observant que la Cour n'a pas appliqué ici son raisonnement, consistant à vérifier si le juge s'était ou non fondé exclusivement ou même essentiellement sur ces déclarations. Certes, il s'agissait d'une décision de la chambre de l'instruction, portant sur la validité d'un tel enregistrement, de telle sorte que la décision du juge portait sur

ces déclarations. Mais à travers la fermeté de la Cour, l'on voit bien ce refus d'admettre un tel procédé déloyal, même s'il n'est pas le seul fondement d'une condamnation à venir.

La loyauté est ici un rempart contre un détournement de la norme pénale. Certes, il faut ici observer que rien n'interdit expressément un tel enregistrement, mais rien de l'autorise non plus, et c'est donc la déloyauté qui vient refuser le détournement de la norme pénale, entendu au sens du détournement de la norme pénale de ses finalités, lorsque celle-ci est utilisée afin de faire échec au(x) droit(s) de la personne concernée.

La loyauté retrouve sa place, lorsqu'elle n'est pas admise par la loi. Mais alors, la question se pose de savoir si, vis-à-vis des hypothèses précédentes, une norme pénale ne pourrait pas autoriser un tel stratagème, comme elle autorise les écoutes téléphoniques ou la sonorisation du domicile de l'intéressé.

L'on voit bien que la déloyauté ne s'applique qu'en cas de détournement de la norme, qu'en cas de non-respect des dispositions du *Code de procédure pénale*, qu'en cas de non-respect des principes s'imposant en cette matière. Lorsque le *Code de procédure pénale* permet un comportement déloyal, celui-ci est admis. Dès lors, lorsque la Cour indique, le 6 mars 2015, que « *porte atteinte au droit à un procès équitable et au principe de loyauté des preuves le stratagème qui en vicie la recherche par un agent de l'autorité publique* », l'on serait tenté de rajouter « *et qui n'est pas autorisé par la loi* ».

Pour l'heure, la loi se refuse à assumer ainsi un tel rôle, à assumer cette capacité à mettre en place, à autoriser des comportements déloyaux en toute hypothèse ; elle ne l'admet que pour certains procédés probatoires, nécessaires pour permettre les investigations.

De plus, lorsqu'elle admet un tel procédé, ce n'est pas la loi qui est détournée, mais l'exigence de loyauté qui est contournée. Et sur ce point, il est important de veiller à ce que ces contournements soient aussi rares que possible, et à chaque fois nécessaires.

Car, en cette matière comme en d'autres, il serait choquant que la loi vienne ainsi autoriser la sonorisation de locaux de garde à vue, comme elle autorise déjà la sonorisation d'un domicile.

Dès lors, dans ce réquisitoire contre le droit, il faut être tout autant vigilant sur le fait que les destinataires ne détournent pas la norme pénale, mais aussi sur le fait que la norme pénale, elle-même, ne se détourne pas de son objectif, de cet équilibre qui doit être recherché et préservé.