

PROCÉDURE PÉNALE

Aspects de procédure pénale et d'exécution des peines de la loi du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire

GPL431q2

Sous la direction de
François FOURMENT
Professeur à l'université
de Tours (IRJI François-
Rabelais, EA 7496)

Débattue et entrée en vigueur dans un contexte de grogne judiciaire, la loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire est constituée de dispositions disparates dont le lien avec la notion de confiance est parfois ténu. Sa présentation exhaustive, serait-ce dans ses seuls aspects de droit pénal, est impossible dans le cadre de ces colonnes. Seront donc exposées, dans le présent dossier, ses dispositions

les plus immédiatement importantes pour l'activité judiciaire en matière pénale ; elles concernent l'enquête préliminaire (v. l'article de S. Detraz), la protection du secret professionnel « de la défense et du conseil » (v. l'article de G. Beaussonie) et la durée de la peine (v. l'article de J. Falxa).

Les habits neufs de l'enquête préliminaire

GPL432o6

À propos de la loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021

L'essentiel

La loi pour la confiance dans l'institution judiciaire modifie le régime général de l'enquête préliminaire. D'une part, elle lui assigne une durée maximale de deux (ou trois) ans, à peine de nullité des actes accomplis hors délai. D'autre part, elle permet plus amplement à la personne mise en cause (ainsi qu'au plaignant) d'accéder au dossier de la procédure et de demander la réalisation d'actes d'investigation.

L. n° 2021-1729, 22 déc. 2021, pour la confiance dans l'institution judiciaire, art. 2 : JO, 23 déc. 2021



Note par
Stéphane DETRAZ
Undefined, maître de conférences à l'université Paris-Saclay, faculté Jean-Monnet, IDEP

1. L'enquête préliminaire inquiète. De son origine officieuse et quasi-administrative⁽¹⁾, elle a longtemps conservé cette touche kafkaïenne lui donnant des airs de procédure clandestine, arbitraire, hermétique. Des réformes successives l'ont certes inscrite dans la modernité (notamment avec l'accès conditionné au dossier : CPP, art. 77 et 77-2 anc.), jusqu'à autoriser l'annulation des perquisitions et saisies nonobstant l'absence de mise en mouvement

consécutive de l'action publique (CPP, art. 802-2). Mais ces évolutions sont, pour la plupart, communes à l'enquête

de flagrance, qui est quant à elle éphémère. À l'inverse, l'enquête préliminaire, classiquement, peut s'éterniser, peut se dérouler sans mise en cause formelle de la personne pourtant d'ores et déjà soupçonnée (il suffit de ne pas l'auditionner), peut en somme priver l'individu qui en fait l'objet des garanties procédurales les plus élémentaires, sans que l'intéressé puisse jamais réclamer – ni au procureur de la République, ni à un quelconque juge – une décision de classement sans suite ou de poursuites.

2. Mais voilà que la loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire vient à certains égards bouleverser l'économie de l'enquête préliminaire. Sans procéder à une impossible juridictionnalisation de celle-ci⁽²⁾ (car, sous le même terme, naîtrait sinon un cadre juridique de nature différente), cette loi l'orne néanmoins de certains des attributs de l'instruction préparatoire ou amplifie le champ d'application de ceux dont elle était déjà parée. Quatre évolutions sont ainsi à

(1) R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, 4^e éd., 1979, Cujas, n° 252.

(2) O. Décima, *La juridictionnalisation de l'enquête pénale*, 2015, Cujas, Actes & études. Adde P. Le Monnier de Gouvillie, *La juridictionnalisation de l'enquête pénale*, Cah. just. 2015, p. 131.

noter : la fixation d'une durée maximale d'enquête, la facilitation de la mise à disposition du dossier de la procédure au bénéfice du suspect et de la victime, l'élargissement accessoire de la faculté de demander des actes, l'instauration d'un recours auprès du procureur général en cas d'insatisfaction.

3. L'on peut dire, d'une certaine façon, que la personne mise en cause devient « partie » à l'enquête préliminaire⁽³⁾, dont le caractère contradictoire s'accroît (II). Mais parce que le suspect de la police ne bénéficie pas des droits de la défense dans leur intégralité, cette enquête doit prendre fin dans un délai raisonnable, ou bien, si des investigations demeurent nécessaires, se muer en instruction préparatoire, autrement dit en véritable procès (II).

I. LA DURÉE LIMITÉE DE L'ENQUÊTE PRÉLIMINAIRE

4. L'enquête préliminaire, à l'inverse de l'enquête de flagrance (qui doit s'arrêter au bout de 16 jours au maximum), ne connaît traditionnellement aucune durée maximale : l'article 75-1 du Code de procédure pénale (CPP), toujours en vigueur, signale simplement que le procureur de la République « fixe le délai dans lequel cette enquête doit être effectuée »⁽⁴⁾. C'est à cette souplesse, susceptible de heurter le droit à un procès équitable (qui comporte celui d'être jugé dans un délai raisonnable)⁽⁵⁾, que la loi nouvelle met fin : désormais, l'enquête préliminaire est limitée dans le temps (A), les actes réalisés hors délai étant annulables (B).

A. La teneur de la condition temporelle

5. Selon le nouvel article 75-3 du Code de procédure pénale, l'enquête préliminaire ne peut durer plus de deux ans en principe, quelle que soit la nature de l'infraction, ou bien trois ans par exception, concernant les crimes et délits mentionnés aux articles 706-73 ou 706-73-1 du même code (criminalité et délinquance organisées) ou relevant de la compétence du procureur de la République antiterroriste⁽⁶⁾. Une prolongation maximale d'un an (ou de deux ans dans les hypothèses spéciales précitées) peut toutefois avoir lieu, sur autorisation écrite et motivée du procureur de la République. S'il s'avère que les investigations doivent se poursuivre encore plus longtemps, une instruction préparatoire devra donc être ouverte.

6. Le point de départ du délai biennal (ou triennal) est le « premier acte de l'enquête ». Cette formulation paraît faire nécessairement référence à l'acte primordial de l'enquête préliminaire réalisé dans le cadre même de celle-ci, en écartant ainsi les actes antérieurs éventuellement accomplis au sein d'une procédure d'investigation distincte, même si elle porte sur les mêmes faits (telle qu'une enquête douanière concernant des agissements également justiciables d'une qualification pénale de droit commun). Mais des limites sont expressément apportées. D'une part, il peut s'agir, le cas échéant, d'un acte

« intervenu dans le cadre d'une enquête de flagrance », indication qui vise, de toute évidence, l'hypothèse dans laquelle l'enquête préliminaire a fait suite à une enquête de flagrance dont la durée maximale a été épuisée. D'autre part, il est précisé que, en cas de « regroupement de plusieurs enquêtes dans le cadre d'une même procédure », c'est « la date de commencement de l'enquête la plus ancienne » qui marque le seul et unique point de départ pour cette procédure d'ensemble. Les enquêteurs et le procureur de la République auront donc tout intérêt à bien peser l'opportunité d'un tel regroupement puisque la ou les enquêtes les plus récentes prendront fin prématurément après leur jonction à l'enquête la plus ancienne (v. cependant *infra*, § 10 et s.).

“ La notion de « premier acte de l'enquête » n'est pas limpide ”

La notion de « premier acte de l'enquête » n'est pas limpide : peut-il s'agir par exemple du procès-verbal de réception de la plainte ou des réquisitions aux fins d'enquête émanant du procureur de la République ? Il serait à cet égard commode qu'il ne puisse consister qu'en un acte interruptif de la prescription de l'action publique (CPP, art. 9-2), d'autant qu'un tel acte permet potentiellement à l'enquête préliminaire de se prolonger en évitant l'extinction de ladite action. Pour autant, puisqu'il est question d'un « acte de l'enquête » et non pas d'un « acte d'enquête », sont inclus les actes qui ne tendent pas *stricto sensu* à la recherche des preuves mais qui s'inscrivent néanmoins dans le cadre de la procédure. De même, faute de restriction en ce sens, il peut s'agir d'un acte réalisé par le procureur de la République lui-même, l'article 9-2, 2° reconnaissant d'ailleurs expressément, en matière d'interruption de la prescription, la catégorie des « acte[s] d'enquête émanant du ministère public ». Enfin, l'on peut se demander si l'« acte » doit s'entendre de l'opération substantielle réalisée (arrestation, perquisition, saisie, etc.)⁽⁷⁾ ou bien du procès-verbal correspondant, *distinguo* qui pourrait avoir une incidence en cas de discordance de date entre les deux.

7. La « durée » de l'enquête qu'évoque le premier alinéa de l'article 75-3 du Code de procédure pénale est présentée par l'alinéa 5 comme un « délai » qui paraît alors, *mutatis mutandis*, être un délai préfix dont le cours, insensible aux aléas, serait inexorable. Cependant, ledit alinéa 5 prévoit au contraire une sorte de suspension, en disposant que, le cas échéant, ne doivent être comptés ni la durée pendant laquelle l'enquête a été suspendue à raison du classement sans suite préalablement intervenu dans la même enquête, ni le délai entre la signature de la demande d'entraide pénale internationale par le parquet émetteur et la réception ultérieure des pièces d'exécution. Les autres événements perturbateurs sont en revanche sans effet sur la computation de la durée.

S'agissant de l'hypothèse du classement sans suite sur lequel revient le procureur de la République, l'on observera

(3) Rapp. Y. Capdepon, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, 2013, Dalloz, NBT.

(4) Cass. crim., 9 juill. 2014, n° 14-80415.

(5) H. Matsopoulou, « Loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire. Principales dispositions relatives au procès pénal, des avancées d'une efficacité douteuse », JCP G 2021, 114, n° 4.

(6) Il est d'ores et déjà très rare de *facto* qu'une telle durée soit dépassée.

(7) Le terme « acte » n'exclut pas nécessairement les décisions juridictionnelles (du JLD notamment) ; mais l'on voit mal comment l'une d'elles pourrait *de facto* être le « premier acte » de l'enquête.

que l'alinéa 5 déclare que, en ce cas, l'enquête préliminaire a « repris » : c'est donc forcément, selon le texte, la même enquête qui est relancée, et non pas une nouvelle enquête qui s'ouvrirait, ce qui interdirait par conséquent d'allouer aux investigations qui reprennent une durée pleine de deux ou trois ans. N'y sera dès lors affecté que le reliquat de temps existant au jour du classement sans suite.

B. La mise en œuvre de la condition temporelle

8. La condition de durée affectant l'enquête préliminaire se manifeste par l'obligation, pour les enquêteurs, de clôturer leurs opérations et de transmettre les éléments de la procédure au procureur de la République, en application de l'article 19 du Code de procédure pénale, « avant l'expiration » du délai, dit l'article 75-3, alinéa 2, et non pas au terme de celui-ci. Le texte indique qu'il en va ainsi « afin de permettre » au magistrat de décider des suites à donner aux investigations, comme s'il devait lui aussi prendre sa décision dans le délai en question, ce qui est néanmoins assurément inexact. D'ailleurs, il est précisé que « tout acte d'enquête intervenant après l'expiration de ces délais est nul » : le délai ne concerne donc effectivement que les investigations, et non pas la décision sur les poursuites.

9. La nullité textuelle ainsi établie concerne tous les actes d'enquête postérieurs au terme du délai (ainsi que ceux dont ils sont le support nécessaire). Mais elle ne paraît pas soustraite au droit commun des nullités de procédure, donc à la condition d'un grief – sans préjudice de l'éventualité qu'elle soit traitée comme une nullité à grief présumé – et à la qualité idoine de la partie qui s'en prévaut. Il ne semble pas possible en effet d'y voir une nullité d'ordre public puisque la condition de durée de l'enquête a manifestement pour finalité première la protection des intérêts des personnes qui font l'objet de la procédure.

10. De surcroît, la nullité est, quoi qu'il en soit, expressément écartée par l'alinéa 3 de l'article 75-3 du Code de procédure pénale lorsque l'acte accompli hors délai « concerne une personne qui a été mise en cause au cours de la procédure, au sens de l'article 75-2, depuis moins de deux ans ou, en cas de prolongation, de trois ans ». Cette exception étrangement formulée (faut-il véritablement comprendre que l'acte est irrégulier mais qu'il est réputé non « nul » par la loi ?) est dotée d'un champ d'application imprécis. En effet, outre qu'elle omet d'envisager l'hypothèse d'un acte de portée impersonnelle⁽⁸⁾, elle n'indique pas selon quels critères déterminer si une personne a été « mise en cause » durant l'enquête et si l'acte en question la « concerne ».

La seconde de ces conditions (être « concerné » par l'acte) peut sans doute s'apprécier à l'aune des solutions dégagées par la jurisprudence en matière de qualité à agir en nullité⁽⁹⁾. Mais une interprétation plus large n'est pas à exclure : le suspect, à l'inverse d'un témoin ou d'un tiers détenteur d'informations, serait ainsi forcément « concerné » par n'importe quel acte de l'enquête qui le vise.

La première condition (être « mis en cause ») paraît quant à elle supposer que l'intéressé ait personnellement fait

l'objet d'un acte d'enquête en tant que suspect, tel qu'une perquisition fondée sur cette qualité, un placement en garde à vue ou une audition libre. *A contrario*, ne serait pas mise en cause, par exemple, la personne entendue comme témoin, destinataire d'une réquisition ou chez qui une perquisition a été accomplie à raison seulement de la possible présence d'éléments de preuve. L'on peut à ce sujet considérer qu'est indiscutablement « mise en cause » la personne soupçonnée qui a ou peut avoir accès au dossier autrement qu'en qualité de victime ou de plaignant. Or, selon le nouvel article 77-2 du Code de procédure pénale, tel est le cas non seulement de la « personne mise en cause » (ce qui n'apporte donc rien en l'occurrence) mais également de celle contre qui il existe « une ou plusieurs raisons plausibles » de la croire coupable et qui, en sus, a subi un interrogatoire dans le cadre d'une audition libre ou d'une garde à vue ou bien une perquisition (v. *infra*, § 15). Il est donc raisonnable de penser que la simple suspicion intellectuelle ne suffit pas à caractériser la « mise en cause » : celle-ci suppose la réalisation d'un acte tangible par lequel le suspect est personnellement traité comme tel.

11. Par ailleurs, l'on peut se demander si la mise à l'écart de la nullité par l'alinéa 3 de l'article 75-3 du Code de procédure pénale ne signifie pas que l'enquête préliminaire serait en réalité soustraite à toute condition de durée tant qu'aucune « mise en cause » n'a été opérée : l'absence d'accomplissement d'actes mettant en cause quiconque (alors même qu'un suspect serait intellectuellement en ligne de mire) permettrait alors aux policiers de faire durer leurs investigations à leur guise. Ceux-ci pourraient par exemple faire traîner en longueur une enquête ne se nourrissant que de réquisitions, d'auditions de témoins ou de consultations de fichiers. Cette analyse n'est *a priori* pas convaincante puisque, même à la suivre, il en résulterait qu'aussitôt accompli un acte de « mise en cause », la question de la durée de l'enquête se poserait et conduirait alors à en fixer le point de départ au premier acte de l'enquête, serait-il de type impersonnel, au risque alors de constater que l'acte de mise en cause est intervenu hors délai. Mais en réalité, puisque, par hypothèse, la mise en cause viendrait juste d'intervenir (elle aurait donc moins de deux ans), la nullité de cet acte et de tous les actes antérieurs paraît écartée, en vertu de la dernière phrase de l'alinéa 3. Il reste toutefois la possibilité d'interpréter le texte (« mise en cause au cours de la procédure ») comme obligeant impérativement à accomplir le premier acte de mise en cause dans le délai de deux (ou trois) ans.

II. LE CARACTÈRE QUASI-CONTRADICTOIRE DE L'ENQUÊTE PRÉLIMINAIRE

12. Dans sa nouvelle rédaction, l'article 77-2 du Code de procédure pénale entend à la fois atténuer le caractère secret et accentuer le caractère contradictoire de l'enquête préliminaire, au moyen de trois régimes d'accès au dossier de la procédure (A) et de demandes d'actes (B).

A. L'accès au dossier

13. L'accès au dossier de la procédure peut ou doit être accordé par le procureur de la République soit spontanément et librement, soit sur demande et de manière impérative, soit enfin automatiquement.

(8) Puisque n'est évoqué que l'acte qui « concerne une personne ».

(9) La nullité est encourue en cas d'atteinte aux intérêts « de la partie qu'elle concerne » (CPI, art. 802 et CPP, art. 171).

14. Ainsi, en premier lieu, le I de l'article 77-2 du Code de procédure pénale prévoit que, à tout moment de l'enquête préliminaire, le procureur de la République peut, s'il estime que cela ne présente pas de risque pour l'efficacité des investigations, indiquer à la personne « mise en cause » (v. *supra*, § 10), à la victime ou à leurs avocats qu'une copie de tout ou partie du dossier de la procédure est mise à la disposition desdits avocats ou des personnes en question elles-mêmes si elles ne sont pas assistées. Est, de la sorte, manifestement instaurée une simple faculté pour le procureur de la République (« peut »), comme le confirment la condition subjective à laquelle elle est subordonnée (« lorsqu'il estime ») et le fait qu'une « partie » seulement du dossier puisse être rendue accessible, et ce bien que le terme « indiquer » suggère au contraire qu'un droit à la mise à disposition du dossier préexisterait *in abstracto* à la décision du magistrat.

“ *Le nouvel article 77-2 du CPP atténue le caractère secret de l'enquête préliminaire et en accentue le caractère contradictoire* ”

15. En deuxième lieu, le II de l'article 77-2 du Code de procédure pénale dispose que « toute personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre, en tant qu'auteur ou complice », une infraction punie d'une peine privative de liberté peut demander au procureur de la République, par lettre recommandée avec accusé de réception ou par déclaration au greffe contre récépissé, de prendre connaissance du dossier de la procédure afin de formuler ses observations, dans le cas où elle répond à l'une quelconque des conditions suivantes.

Premièrement, si elle a été interrogée « dans le cadre d'une audition libre ou d'une garde à vue » qui s'est tenue il y a plus d'un an. Sont par-là mentionnés les deux types d'audition de suspects (CPP, art. 61-1 et CPP, art. 62-2). La condition n'est donc pas remplie dans le cas où l'intéressé a fait l'objet d'une simple audition de témoin⁽¹⁰⁾ (CPP, art. 75, al. 2, et CPP, art. 62), même si, ultérieurement, des indices apparaissent à son encontre.

Deuxièmement, la personne soupçonnée a accès au dossier si une perquisition a été opérée « chez » elle il y a plus d'un an. Il doit donc impérativement s'agir d'une perquisition domiciliaire ; en revanche, peu importe qu'aucune saisie n'ait été opérée.

Troisièmement, la mise à disposition du dossier a lieu s'il a été « porté atteinte à la présomption d'innocence de la personne par un moyen de communication au public » (sauf si l'enquête porte sur des faits relevant des articles 706-73 ou 706-73-1 ou de la compétence du procureur de la République antiterroriste). Pour l'appréciation de cette troisième condition, le texte ne dit pas si, au fond, il faut s'en remettre aux dispositions de l'article 9-1 du

Code civil aux fins de caractérisation de l'« atteinte » et si, en la forme, il est nécessaire que cette atteinte ait d'ores et déjà été judiciairement établie. Il est seulement précisé que la condition en question n'est pas remplie « lorsque les révélations émanent de la personne elle-même ou de son avocat, directement ou indirectement ». Mais la précision est inutile car il n'y a pas alors véritablement d'« atteinte » (l'on considère en effet que le droit à la présomption d'innocence est disponible). Surtout, elle paraît mal conçue puisque l'atteinte à la présomption d'innocence, à tout le moins au sens de l'article 9-1 précité, suppose l'affirmation péremptoire et prématurée de la culpabilité de la personne et ne peut donc consister à simplement révéler des informations. S'il devait s'en évincer que l'article 9-1 n'est pas en réalité applicable à la question, comme le confirmerait d'ailleurs le fait que ce texte soit passé sous silence, alors il risquerait d'être difficile de définir la notion autonome d'« atteinte à la présomption d'innocence ». S'agirait-il d'ailleurs toujours de la « présomption d'innocence » en tant que droit subjectif (celui de ne pas être présenté comme coupable) ou bien serait-il finalement question de la « présomption d'innocence » en tant que règle procédurale de protection des suspects (celle qui interdit de les traiter comme s'ils étaient assurément coupables) ?

16. Une fois la demande de mise à disposition formulée en application de l'article 77-2, II, le procureur de la République en examine le bien-fondé au regard des conditions applicables et, si elles sont réunies, y fait en principe automatiquement droit. Il « avise » alors la personne concernée que le dossier est mis à sa disposition ou à celle de son avocat. Par exception, le magistrat peut opposer un refus temporaire (de six mois maximum, ou d'un an dans les cas spéciaux précités) si l'enquête est toujours en cours et qu'il existe un risque pour l'efficacité des investigations. Ce refus – qui prend la forme d'une « décision motivée » pouvant être contestée devant le procureur général (qui a un mois pour statuer) – doit intervenir dans le mois suivant la réception de la demande, à défaut de quoi la communication du dossier est réputée refusée. Durant cette période, le procureur de la République ne peut prendre aucune décision de poursuites, sauf à saisir un juge d'instruction, à faire application de l'article 393 du Code de procédure pénale ou à recourir à la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC).

En cas de décision de mise à disposition, celle-ci porte normalement sur l'intégralité du dossier. Toutefois, le procureur de la République peut décider d'exclure « certaines pièces » au vu des « risques de pression » sur les victimes, les autres personnes mises en cause, leurs avocats, les témoins, les enquêteurs, les experts ou toute autre personne concourant à la procédure.

17. Enfin, lorsqu'une demande de communication a été formulée, le procureur de la République avise la victime, si elle a porté plainte, qu'elle dispose des droits prévus au I de l'article 77-2 dans les mêmes conditions que la personne à l'origine de la demande.

18. En troisième lieu, le V de l'article 77-2 du Code de procédure pénale signale que lorsque deux années se sont écoulées depuis l'un des actes mentionnés aux 1^o et 2^o du II (v. *supra*, § 15) – ce qui est très exceptionnel –,

(10) Mais la locution « audition libre » est ambiguë car l'article 62, alinéa 3, du CPP qualifie l'audition de témoin d'audition « d'une personne entendue librement en application du premier alinéa du présent article ».

l'enquête préliminaire ne peut se poursuivre à l'égard des personnes ayant fait l'objet de l'un de ces actes et à l'encontre desquelles il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elles ont commis ou tenté de commettre, en tant qu'auteurs ou complices, une infraction sans que le procureur de la République fasse application du I de ce même article à leur profit ainsi qu'à celui du plaignant. Dans cette hypothèse, contrairement à ce qu'envisagent les I et II de l'article 77-2, le magistrat qui entend que les investigations perdurent est tenu de mettre de lui-même le dossier à la disposition du suspect et du « plaignant » (uniquement s'il est victime *stricto sensu* ?) et de leur accorder la possibilité de formuler des observations. À défaut, l'enquête « ne peut se poursuivre à l'égard des personnes ayant fait l'objet de l'un de[s] actes » précités. En revanche, elle peut – semble-t-il – continuer sans ces formalités à l'égard des éventuels autres suspects ou de manière impersonnelle. Dans ce cas, ces individus n'ont pas, de droit, accès au dossier (ils doivent pour cela satisfaire aux conditions posées au I ou au II), contrairement au plaignant, ce qui se comprend mal.

B. Les demandes d'actes

19. Lorsque, en vertu du I de l'article 77-2 du Code de procédure pénale, le procureur de la République indique aux personnes concernées ou à leurs avocats qu'une copie du dossier de la procédure est à leur disposition, il les avise qu'« elles » (ce qui exclut les avocats ?) ont la possibilité de formuler toutes observations utiles. De même, en cas de mise à disposition sur demande, le II du même article précise que les intéressés sont avertis de la possibilité qui leur est accordée de faire part de leurs observations au sens du I. Il en va de même lorsque s'appliquent les dispositions du V.

20. Il est précisé que ces observations peuvent notamment porter sur la régularité de la procédure, sur la qualification des faits, « sur le caractère éventuellement insuffisant

de l'enquête, sur la nécessité de procéder à de nouveaux actes qui seraient nécessaires à la manifestation de la vérité » et sur les modalités d'engagement éventuel des poursuites ou le recours éventuel à la procédure de CRPC. *A priori*, ces dispositions n'instaurent pas directement au profit des personnes visées une faculté de demander la réalisation d'actes d'enquête, mais se bornent à leur conférer la possibilité de mettre en relief les carences de la procédure à cet égard. Toutefois, le IV de l'article 77-2 du Code de procédure pénale prévoit, lui, que les observations, qui sont versées au dossier de la procédure, obligent le procureur de la République à « apprécier les suites à [y] apporter » et à en informer les intéressés. Surtout, il ajoute que si le magistrat « refuse de procéder à un acte demandé, sa décision peut être contestée devant le procureur général ». Cette disposition a donc pour effet de transformer une « observation » relative à « la nécessité de procéder à de nouveaux actes », en « demande » d'accomplissement de tels actes ⁽¹¹⁾.

21. Mais le procureur de la République apprécie l'opportunité de faire droit à une telle demande. Un éventuel refus de sa part (dont la forme n'est pas précisée par le texte) peut être critiqué devant le procureur général ⁽¹²⁾. Cette faculté de contestation est limitée aux observations valant demandes d'actes : celles qui allèguent le « caractère éventuellement insuffisant de l'enquête », et qui requièrent en conséquence l'ouverture d'une instruction préparatoire, n'ouvrent aucun droit de critique. Aucun délai de réaction n'est imposé au procureur de la République ou au procureur général par le V de l'article 77-2.

(11) L'ancien article 77-2, I, alinéa 2, du CPP parlait, lui, plus clairement, de « la possibilité de formuler des observations ainsi que des demandes d'actes utiles à la manifestation de la vérité ».

(12) L'heure n'est pas (encore ?) à la saisine du « juge de l'enquête et des libertés » un temps imaginé.

PROCÉDURE PÉNALE

Le secret professionnel « de la défense et du conseil » dans la loi pour la confiance dans l'institution judiciaire

GPL432o3

L'essentiel

La loi pour la confiance dans l'institution judiciaire a inscrit dans le Code de procédure pénale le secret professionnel « de la défense et du conseil ». En vérité, seule la défense paraît concernée, ce d'autant que le secret du conseil cède devant les impératifs de lutte contre la délinquance économique et financière.

L. n° 2021-1729, 22 déc. 2021, pour la confiance dans l'institution judiciaire, art. 3 : JO, 23 déc. 2021



Note par

Guillaume BEAUSSONIE
Professeur à l'université
Toulouse 1 Capitole,
IEJUC (EA 1919),
codirecteur de l'Institut
de criminologie et de
sciences pénales Roger
Merle

La recherche de la vérité implique d'infliger bien des blessures à ceux – pas forcément les mis en cause – dont le corps ou le cœur recèle des informations utiles à la faire avancer. En cela, pas plus le secret que l'intimité ou la liberté ne sont susceptibles de constituer un sanctuaire inviolable face aux impératifs supérieurs de l'ordre public. Pour autant, la confiance dans l'« institution judiciaire », entendue comme accueillant tous ceux qui participent à ce que justice soit faite, passe sans aucun doute par la garantie

que ce que l'on confie à son avocat, dans le secret de la consultation ou de la concession, ne soit pas divulgué. Par ailleurs, tout secret ne l'est vraiment – et ne saurait donc avoir de sens – que si les confidents seuls en maîtrisent la diffusion. La fin ne justifie pas tous les moyens, en effet, à défaut de quoi la sécurité – de l'État – écraserait la sûreté – de tous. Ce qui conduit à ce paradoxe inéluctable et peut-être insoluble que le secret qui lie l'avocat à son client est appréhendé, par le droit, aussi bien comme un bouclier que comme un obstacle.

Le processus qui a conduit à l'adoption de l'article 3 de la loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire est parfaitement représentatif de la persistance de cette contradiction. Alors que le gouvernement souhaitait, au départ, renforcer le « secret professionnel de la défense »⁽¹⁾, rapidement étendu par l'Assemblée nationale au « conseil »⁽²⁾, le Sénat a voulu veiller à ce que soit conservé « un juste équilibre entre préservation du secret professionnel de l'avocat et efficacité

de la lutte en matière économique et financière »⁽³⁾. Il s'agissait dès lors d'exclure du champ d'application du « secret professionnel du conseil » – donc pas de la défense – les délits de fraude fiscale, de corruption et de trafic d'influence en France comme à l'étranger, ainsi que le blanchiment de ces délits. Les avocats s'étant émus d'une telle restriction⁽⁴⁾, un amendement a été déposé puis adopté par l'Assemblée nationale, à l'issue des travaux de la commission mixte paritaire, afin « de dissiper une ambiguïté pouvant résulter [du texte] en précisant qu'il s'applique sans préjudice de la possibilité qui est donnée au bâtonnier ou à son représentant ou à la personne chez qui la perquisition a lieu, de s'opposer à la saisie d'un document, et d'imposer en conséquence que cette contestation soit examinée par le juge de la liberté et de la détention, puis, en cas de recours, par le président de la chambre de l'instruction »⁽⁵⁾.

Malgré ces aspirations, dont le texte adopté en définitive garde nécessairement les traces, le Conseil constitutionnel n'a pas cru bon de soulever d'office d'autres questions de conformité à la Constitution que celle, minimale, concernant la procédure, et ne s'est donc pas prononcé sur le contenu des dispositions de la loi déferée⁽⁶⁾. En conséquence, il faudra attendre d'inévitables questions prioritaires de constitutionnalité pour savoir si ces dispositions sont contraires à certains droits et libertés que la Constitution garantit.

De quoi il résulte que, pour le moment du moins, aux termes de la loi pour la confiance dans l'institution judiciaire, le secret professionnel « de la défense et du conseil » fait effectivement son entrée dans le Code de procédure pénale : il y est consacré (I), puis il y est décliné (II), mais il y est aussi – surtout ? –, dans une certaine mesure, circonscrit (III).

I. UN SECRET CONSACRÉ

L'article 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques est bien connu : « En toutes matières, que ce soit

(1) AN, projet de loi n° 4091, 14 avr. 2021, pour la confiance dans l'institution judiciaire.

(2) AN, texte n° 4146, 7 mai 2021, sur le projet de loi pour la confiance dans l'institution judiciaire (n° 4091), adopté par la commission

(3) Rapp. Sénat n° 630, 15 sept. 2021, sur le projet de loi pour la confiance dans l'institution judiciaire (n° 834), adopté par l'Assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée.

(4) CNB, ass. gén., délib., 15 nov. 2021.

(5) AN, texte n° 4604, 16 nov. 2021, pour la confiance dans l'institution judiciaire, présenté par le gouvernement, amendement n° 1.

(6) Cons. const., DC, 17 déc. 2021, n° 2021-830.

dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense, les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci, les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères, à l'exception pour ces dernières de celles portant la mention "officielle", les notes d'entretien et, plus généralement, toutes les pièces du dossier sont couvertes par le secret professionnel »⁽⁷⁾. De même, nul n'ignore que cette rédaction très favorable au secret est issue d'un dialogue contrarié entre le législateur et la Cour de cassation, le premier ayant plutôt cherché à favoriser son expansion, la seconde ayant, à l'inverse, plutôt tenté de le contenir⁽⁸⁾. À la fin, il est aujourd'hui difficile de dire, sur la base de ce seul texte, quelle est la portée exacte du secret ainsi considéré.

Ce qui est sûr, c'est qu'il est question, avant tout, de protéger l'intimité du client d'un avocat, raison pour laquelle, en vertu de l'article 226-13 du Code pénal – texte situé dans ce code au sein des « atteintes à la personnalité », juste après les atteintes à la vie privée –, la révélation de l'une des informations entrant dans le champ d'application de ce secret par une personne qui en est dépositaire – ce qu'est, rappelons-le, l'avocat avant tout autre – est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. Ce devoir est puissant, au demeurant, puisqu'il fait partie des rares obligations que même la nécessité de lancer une alerte n'est pas susceptible d'annihiler⁽⁹⁾.

Au-delà de cela, et bien qu'« aucune disposition constitutionnelle ne consacre spécifiquement un droit au secret des échanges et correspondances des avocats »⁽¹⁰⁾, il s'agit aussi, à travers la préservation des confidences et correspondances échangées entre l'avocat et son client, de participer à l'effectivité des droits de la défense qui, quant à eux, représentent un impératif constitutionnel⁽¹¹⁾. L'avocat n'est alors pas tant le gardien de l'intimité de son client que le représentant de ses intérêts, qui peuvent justifier de ne pas tout révéler à la justice.

En précisant à compter du 1^{er} mars 2022, dans l'article préliminaire du Code de procédure pénale, que « le respect du secret professionnel de la défense et du conseil, prévu à l'article 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, est garanti au cours de la procédure pénale dans les conditions prévues par le présent code », c'est sur ce dernier aspect que le législateur insiste. L'enjeu, en effet, n'est pas de permettre d'engager la responsabilité

d'un acteur de la procédure qui ne tairait pas le secret qui lui a été confié afin que des informations personnelles concernant un justiciable ne puissent être dévoilées – c'était déjà possible –, mais d'autoriser la prévention et l'annulation des actes qui forceraient ce secret, afin de veiller à ce que la procédure reste digne et équitable – ce qui demeure plus polémique.

La question qui subsiste est celle du rôle que jouera, au-delà du symbole, cette phrase ajoutée, *in fine*, au sein du III de l'article préliminaire : représentera-t-elle une simple annonce de ce qui suivra dans le corps du Code de procédure pénale – qui ne semble pas, malgré la référence faite en l'occurrence au « conseil », avoir vocation à délier le secret professionnel de la défense pure – ou cette précision aura-t-elle une véritable incidence normative, le juge étant incité de la sorte à entretenir une conception plus ambitieuse du secret professionnel de la défense et du conseil ?

« Les conditions prévues par le présent code », auxquelles le texte ne fait finalement que renvoyer, incitent plutôt à la prudence, les déclinaisons du principe s'avérant assez peu ambitieuses.

II. UN SECRET DÉCLINÉ

Sur la base de l'affirmation solennelle du secret professionnel de la défense et du conseil, et dans la continuité des propositions effectuées par les missions *Perben* et *Mattei*⁽¹²⁾, le dispositif mis en place par la loi pour la confiance dans l'institution judiciaire concourt indéniablement à renforcer les garanties en matière de perquisition, de réquisitions de données de connexion – les fameuses « fadettes » – et d'interception de communications lorsqu'elles visent un avocat.

Ainsi, tout d'abord, l'article 56-1 du Code de procédure pénale relatif aux perquisitions dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile est-il modifié afin d'imposer une autorisation préalable du juge des libertés et de la détention (JLD) qui doit motiver sa décision en contrôlant notamment la proportionnalité de l'acte « au regard de la nature et de la gravité des faits ». Par ailleurs, précise désormais le texte, « lorsque la perquisition est justifiée par la mise en cause de l'avocat, elle ne peut être autorisée que s'il existe des raisons plausibles de le soupçonner d'avoir commis ou tenté de commettre, en tant qu'auteur ou complice, l'infraction qui fait l'objet de la procédure ou une infraction connexe au sens de l'article 203 [du Code de procédure pénale] ». Le JLD demeurant compétent pour statuer sur les contestations, son ordonnance sera désormais susceptible d'un recours suspensif exercé par le procureur de la République, l'avocat, le bâtonnier ou son délégué, l'Administration ou l'autorité administrative compétente, recours à former dans un délai de vingt-quatre heures devant le président de la chambre de l'instruction, qui statuera selon la même procédure dans les cinq jours suivant sa saisine.

(7) V. également, dans le même sens, l'article 2 du règlement intérieur national de la profession d'avocat.

(8) V. par ex. Cass. crim., 7 mars 1994, n° 93-84931 : Bull. crim., n° 87 (« si, selon les principes rappelés par l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971, les correspondances échangées entre le client et son avocat sont, en toutes matières, couvertes par le secret professionnel, il demeure que le juge d'instruction tient de l'article 97 du CPP le pouvoir de les saisir dès lors qu'elles ne concernent pas l'exercice des droits de la défense »), prélude à l'une des dernières réformes de cette partie du texte par la loi n° 97-308 du 7 avril 1997. La réforme n'a pas empêché la Cour de cassation de continuer à distinguer activité de défense et activité de conseil : v. par ex. Cass. crim., 22 mars 2016, n° 15-83205 : Bull. crim., n° 93 – v. encore Cass. crim., 24 nov. 2020, n° 19-84304.

(9) L. n° 2016-1691, 9 déc. 2016, relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, art. 6, al. 2.

(10) Cons. const., QPC, 24 juill. 2015, n° 2015-478, cons. 16.

(11) V. par ex. cette même décision Cons. const., QPC, 24 juill. 2015, n° 2015-478, cons. 16.

(12) Mission relative à l'avenir de la profession d'avocat, présidée par Dominique Perben, dont le rapport a été remis au garde des Sceaux en juillet 2020 (p. 39 et s.) et Commission relative aux droits de la défense dans l'enquête pénale et au secret professionnel des avocats, présidée par Dominique Mattei, dont le rapport a été remis en février 2021 (p. 18 et s.).

Le magistrat qui effectue la perquisition – parquetier ou juge d'instruction – perd quant à lui le pouvoir de rendre cette décision initiale et doit veiller « à ce qu'aucun document relevant de l'exercice des droits de la défense et couvert par le secret professionnel de la défense et du conseil, prévu à l'article 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, ne soit saisi et placé sous scellé ». En vertu d'un nouvel article 56-1-1 du Code de procédure pénale, un tel document est également préservé s'il est découvert à l'occasion d'une perquisition effectuée ailleurs que chez un avocat. La personne chez qui il est procédé à l'opération peut alors s'opposer à sa saisie, le document étant consécutivement placé sous scellé fermé et faisant l'objet d'un procès-verbal distinct. Le JLD puis, le cas échéant, la chambre de l'instruction recouvrent leur compétence selon la procédure exposée à l'article précédent.

“ Seuls les documents « relevant de l'exercice des droits de la défense » sont sanctuarisés, quand bien même ils seraient couverts par le secret professionnel de la défense « et du conseil » ”

Le contrôle de la perquisition dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile est donc renforcé et, en ce qui concerne l'hypothèse où il y est procédé dans le cadre de sa propre mise en cause, il est clarifié ⁽¹³⁾ ; ce qui n'empêche que seuls les documents « relevant de l'exercice des droits de la défense » sont sanctuarisés, quand bien même ils seraient couverts par le secret professionnel de la défense « et du conseil ». Outre cette restriction qui peut décevoir, c'est son application qui, aujourd'hui comme hier, pose problème puisque le magistrat responsable de la perquisition devra prendre connaissance du contenu du document pour déterminer s'il entre dans cette catégorie, de même que, en cas de recours, le JLD. En revanche, le fait que l'on puisse agir en amont, par l'entremise d'une opposition à la saisie, plutôt que de se trouver dans l'obligation d'attendre d'exercer un recours en nullité de cette saisie, représente un vrai progrès.

Ensuite, un nouvel article 60-1-1 du Code de procédure pénale ⁽¹⁴⁾ dispose que lorsque des réquisitions « portent sur des données de connexion émises par un avocat et liées à l'utilisation d'un réseau ou d'un service de communications électroniques, qu'il s'agisse de données de trafic ou de données de localisation », elles ne peuvent, là encore, être faites que sur ordonnance motivée du JLD, saisi à cette fin par le procureur de la République. Le texte ajoute que « cette ordonnance fait état des raisons plausibles de soupçonner que l'avocat a commis ou tenté de commettre, en tant qu'auteur ou complice, l'infraction

qui fait l'objet de la procédure ou une infraction connexe au sens de l'article 203, ainsi que de la proportionnalité de la mesure au regard de la nature et de la gravité des faits ». Et l'article conclut en précisant que « le bâtonnier de l'ordre des avocats en est avisé » et que « les formalités prévues au présent article sont prescrites à peine de nullité ».

Ici, il s'agissait de créer un cadre autorisant de telles réquisitions, tout en les soumettant à des garanties assez proches de celles que l'on vient d'étudier pour les perquisitions ⁽¹⁵⁾. Retenons, surtout, que ces actes se limitent à l'hypothèse d'un avocat mis en cause – rien n'interdisant bien sûr, sur la base de cette même suspicion ou d'une autre, de requérir de telles données concernant ceux qui sont en contact avec lui – et que, faute pour les données recueillies d'être analysables en elles-mêmes et pour elles-mêmes – il n'est question, pour l'essentiel, que de factures de communications détaillées –, toute référence à un quelconque contenu s'avérerait peu utile.

Enfin, dans la continuité, l'article 100 du Code de procédure pénale accueille un nouvel alinéa en vertu duquel « aucune interception [de correspondances] ne peut porter sur une ligne dépendant du cabinet d'un avocat ou de son domicile, sauf s'il existe des raisons plausibles de le soupçonner d'avoir commis ou tenté de commettre, en tant qu'auteur ou complice, l'infraction qui fait l'objet de la procédure ou une infraction connexe au sens de l'article 203 et à la condition que la mesure soit proportionnée au regard de la nature et de la gravité des faits ». Il précise, sans surprise au regard de ce qui précède, que « la décision est prise par ordonnance motivée du juge des libertés et de la détention, saisi à cette fin par ordonnance motivée du juge d'instruction, prise après avis du procureur de la République » ⁽¹⁶⁾. L'article 100-5 du Code de procédure pénale complète le dispositif en prévoyant que, « à peine de nullité, ne peuvent être transcrites les correspondances avec un avocat relevant de l'exercice des droits de la défense et couvertes par le secret professionnel de la défense et du conseil, prévu à l'article 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, hors les cas prévus à l'article 56-1-2 du présent code ».

Ces cas mis à part pour le moment, cette dernière précision n'a rien de nouveau. Tout au plus se réfère-t-on désormais au « secret professionnel de la défense et du conseil », mais en limitant, une fois de plus, la protection aux « correspondances avec un avocat relevant de l'exercice des droits de la défense ». De même, à l'instar de ce qui a été prévu pour les réquisitions, l'essentiel réside dans l'inédite autorisation de procéder, dans le cadre d'une instruction et par l'entremise d'un recours encadré au JLD, aux écoutes téléphoniques du cabinet ou du domicile d'un avocat, à la condition indispensable qu'il soit lui-même suspecté d'avoir commis ou participé à une infraction.

(13) Auparavant, il fallait se référer à la jurisprudence ; v. par ex. Cass. crim., 14 janv. 2003, n° 02-87062 : Bull. crim., n° 6.

(14) V. aussi, par renvoi, pour l'enquête préliminaire puis pour l'instruction : CPP, art. 77-1-1, al. 3 et CPP, art. 99-3, al. 4.

(15) Ce qui permet, semble-t-il, de se conformer au droit de l'Union européenne : CJUE, 21 déc. 2016, n° C-203/15 et C-698/15 (2 arrêts), Tele2 Sverige AB, et Secretary of State for the Home Department, et CJUE, 2 mars 2021, n° C-746/18, H/K Prokuratuur.

(16) Une légère modification est consécutivement faite de l'article CPP, art. 706-95.

Le bilan de ces différents apports et précisions de la loi pour la confiance dans l'institution judiciaire en la matière apparaît, en définitive, assez désenchanté, du moins si l'on confronte ces changements à l'ambition que semblait porter l'affirmation de départ. Le législateur, en effet, ne fait que clarifier et encadrer des situations déjà existantes, en ne donnant guère plus de poids au secret considéré. Le « secret professionnel de la défense et du conseil », ainsi, n'est pas tant étendu qu'il est circonscrit par ladite loi.

III. UN SECRET CIRCONSCRIT

Le « secret professionnel de la défense et du conseil » paraît d'autant plus circonscrit que l'apport principal de la réforme réside, peut-être, dans la création d'un article 56-1-2 du Code de procédure pénale, texte selon lequel « dans les cas prévus aux articles 56-1 et 56-1-1, sans préjudice des prérogatives du bâtonnier ou de son délégué prévues à l'article 56-1 et des droits de la personne perquisitionnée prévus à l'article 56-1-1, le secret professionnel du conseil n'est pas opposable aux mesures d'enquête ou d'instruction lorsque celles-ci sont relatives aux infractions mentionnées aux articles 1741 et 1743 du Code général des impôts [fraude fiscale] et aux articles 421-2-2, 433-1, 433-2 et 435-1 à 435-10 [trafic d'influence, corruption et financement du terrorisme] du Code pénal ainsi qu'au blanchiment de ces délits, sous réserve que les consultations, correspondances ou pièces détenues ou transmises par l'avocat ou son client établissent la preuve de leur utilisation aux fins de commettre ou de faciliter la commission desdites infractions ».

Il s'agit, en clair, de rendre le secret inopposable lorsqu'une enquête ou une instruction sont diligentées en matière de délinquance économique et financière, ce qui revient, pour certains, à intégrer en droit français le mécanisme américain de la *crime-fraud exception*⁽¹⁷⁾. Ce qui est sûr, c'est que le législateur a pris en compte les inquiétudes des magistrats spécialisés, notamment du procureur de la République financier, ainsi que de certaines associations, notamment Transparency international, concernant l'extension du secret professionnel à la phase du conseil, qui pourrait constituer un moyen d'entraver la lutte contre la fraude fiscale et contre la corruption internationale, à la fois française et internationale, voire de permettre certaines fraudes⁽¹⁸⁾.

Les avocats, eux, se sont plutôt émus de la restriction consécutive du secret qui les lie à leur client⁽¹⁹⁾, d'où une rédaction finale de ce nouvel article un peu plus précise, mais encore trop alambiquée.

“ L’objectif est de rendre le secret inopposable lorsqu’une enquête ou une instruction sont diligentées en matière de délinquance économique et financière ”

S'il est certain que seul le conseil est ainsi visé, et que les garanties instaurées par ailleurs par la loi pour la confiance dans l'institution judiciaire s'appliqueront, la réserve terminale, en vertu de laquelle l'inopposabilité s'applique « sous réserve que les consultations, correspondances ou pièces détenues ou transmises par l'avocat ou son client établissent la preuve de leur utilisation aux fins de commettre ou de faciliter la commission desdites infractions », est tout sauf claire. D'une part, il est maladroite d'écrire qu'un document « établit la preuve » de quoi que ce soit. Tout au plus peut-on le mobiliser afin d'établir une telle preuve, en l'occurrence qu'une infraction a été commise ou « facilitée », ce dernier qualificatif n'étant pas non plus des plus maîtrisés. D'autre part, une fois de plus, la question se pose de savoir qui appréciera ce caractère et comment il le sera, le texte ne donnant aucune précision à cet égard et pouvant même être interprété de différentes façons.

Pour conclure, fût-ce dans le cadre d'une réforme annoncée comme ayant notamment pour objet de le renforcer, le secret professionnel « de la défense et du conseil » est, dans son aspect procédural, encore loin de constituer un contrepoids solide aux prérogatives des autorités. La cause d'une telle faiblesse réside peut-être dans le fait qu'en 2022, nul ne semble encore être en mesure de légitimer ce secret autrement que par référence aux droits de la défense, eux-mêmes fondés sur le très compréhensif article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen. Dès lors, le destin du secret considéré demeure lié à celui de l'accusation, dont il ne semble destiné, parmi d'autres mécanismes, qu'à modérer la puissance.

(17) N. Michon, « Legal privilege et secret professionnel : éléments de comparaison », AJ pénal 2019, p. 588 ; T. Baudesson, « Le nouvel article 56-1-2 du Code de procédure pénale ou l'introduction discrète en droit français de la *crime-fraud exception* américaine, mais sans les garanties qui l'accompagnent », Dr. pén. 2022, étude 3.

(18) Rapp. Sénat, n° 834, 2020-2021, sur le projet de loi organique pour la confiance dans l'institution judiciaire, de M^{me} Canayer et M. Bonnetcarrière, fait au nom de la commission des lois, déposé le 15 septembre 2021.

(19) CNB, Ass. gén., délib., 15 nov. 2021, préc.

PROCÉDURE PÉNALE

La confiance dans la durée de la peine, la quadrature du cercle

GPL432m9

L'essentiel

Le volet « peine » de la loi pour la confiance dans l'institution judiciaire aspire à participer à l'objectif de confiance en visant à renforcer la confiance dans la durée de la peine exécutée. Loin d'y parvenir, les nouvelles dispositions soulèvent un grand nombre d'incertitudes quant à la durée réelle, mais également quant aux conditions d'exécution des peines.

L. n° 2021-1729, 22 déc. 2021, pour la confiance dans l'institution judiciaire, art. 11 : JO, 23 déc. 2021



Note par

Joana FALXA

Maître de conférences
en droit privé et sciences
criminelles, université
de Pau et des pays
de l'Adour, Centre de
recherche sur la justice
pénale et pénitentiaire
(IFTJ/CRJ2P)

Au sein de ce « texte fourre-tout »⁽¹⁾ qu'est la loi pour la confiance dans l'institution judiciaire figure un chapitre consacré aux dispositions relatives à l'exécution des peines⁽²⁾. L'objectif affiché de ces dispositions, s'inscrivant d'ailleurs dans une perspective d'ensemble, est de restaurer la confiance des citoyens et des justiciables à la fois dans la durée et dans le sens de la peine, devenue illisible et incompréhensible, selon les porteurs de la loi⁽³⁾, sans que ces motivations ne soient jamais véritablement étayées dans un exposé des motifs des plus sommaires.

Il faut le dire, le grand public est en général assez peu perméable aux subtilités de la peine. Le principe de légalité criminelle impose la prévision, dans un texte clair et précis, des infractions et des peines correspondantes, ce qui suscite souvent une première confusion dans les esprits : la peine prononcée par le juge n'est pas nécessairement équivalente à la peine encourue selon les textes, puisqu'il s'agit, aux termes de ceux-ci, d'une peine maximale. Elle ne correspond pas non plus forcément à la peine requise par le ministère public. C'est le propre du principe d'individualisation de la peine que de garantir qu'en effet, la peine sera adaptée aux circonstances de chaque affaire et à la personnalité de chaque auteur d'infraction. La véritable incompréhension, toutefois, reposerait sur la modulation de la durée de la peine privative de liberté au stade de son exécution, par l'application de réductions de peine automatiques, cumulables entre autres avec des réductions de peine supplémentaires, auxquelles pourront

succéder des mesures d'aménagement de peine, et ainsi permettre *in fine* au condamné de sortir de détention bien avant la date de fin de la peine initialement prononcée par le juge. Prenons un raccourci : la peine encourue n'est pas la peine prononcée, qui n'est pas non plus la peine exécutée. Ce raccourci, aussi exact soit-il, a pour défaut d'occulter tout un pan de la peine qui peut être exécuté hors détention, période durant laquelle le condamné est tenu de satisfaire à un certain nombre d'obligations et où il bénéficie en principe d'un accompagnement visant à éviter les « sorties sèches », terreau avéré de la récidive.

Mais soit, admettons que le système en vigueur sème l'incompréhension parmi nos concitoyens, ce qui n'est pas en soi une contre-vérité. Il est toutefois loin d'être certain que les solutions apportées par la loi du 22 décembre 2021 sur ce terrain ajoutent à la lisibilité et à la prévisibilité de la durée de la peine, que ce soit pour le grand public comme pour le justiciable. Parmi les dispositions relatives aux mesures affectant la durée de la peine, les trois principales modifications qu'apporte la loi, d'inégales proportions, concernent d'une part la procédure de confusion de peines, d'autre part le dispositif de réductions de peine, et enfin la mesure de libération sous contrainte.

Au vrai, s'agissant de la confusion des peines, la réforme n'aura pas d'effet direct sur la question de la durée de la peine. La loi vient simplement remédier à une incohérence du régime antérieur, pointé du doigt et censuré récemment par le Conseil constitutionnel⁽⁴⁾ : l'ancien article 710 du Code de procédure pénale, qui alignait la procédure de confusion de peine post-sentencielle sur celle des incidents contentieux, entraînait une inégalité de traitement entre condamnés selon la juridiction ayant prononcé les peines définitives dont ceux-ci demandaient la confusion : si les peines avaient été prononcées en cour d'assises ou par la chambre des appels correctionnels, la demande de confusion devait être présentée respectivement devant la chambre de l'instruction ou devant la chambre des appels correctionnels du ressort correspondant, privant de ce fait les requérants du double degré de juridiction auquel avaient pourtant droit les condamnés dont les peines

(1) L. Cadet, « Projet de loi pour la confiance dans l'institution judiciaire : mélémélo printanier à la manière Dupond-Moretti », *Procédures* 2021, repère 5.

(2) L. n° 2021-1729, 22 déc. 2021, pour la confiance dans l'institution judiciaire, titre II, relatif aux dispositions améliorant le déroulement des procédures pénales, chap. IV.

(3) Exposé des motifs de la loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire.

(4) Cons. const., QPC, 21 juill. 2021, n° 2021-925 [Double degré de juridiction pour l'examen d'une requête en confusion de peines] : GPL 21 sept. 2021, n° GPL426i6, note É. Letouzey ; Dalloz actualité, 8 sept. 2021, obs. M. Dominiati ; AJ pénal 2021, p. 491, obs. J. Falxa.

avaient été prononcées par un tribunal correctionnel. L'abrogation décidée par le Conseil constitutionnel intervenant au 31 décembre 2021, il appartenait au législateur de réformer la procédure en la matière. C'est chose faite puisque toute référence à la confusion des peines disparaît de l'article 710, et qu'un nouvel article 710-1 du Code de procédure pénale est inséré à la suite du précédent, prévoyant une compétence exclusive des tribunaux correctionnels pour les demandes de confusion de peine post-sentencielle (en formation collégiale de droit pour les peines criminelles si demandée par le parquet ou le condamné). Les décisions rendues en la matière par les tribunaux correctionnels peuvent faire l'objet d'un recours devant la chambre des appels correctionnels. Ainsi les modifications apportées ne pèseront-elles pas sur le mode de calcul des confusions et n'affecteront donc pas la durée des peines.

**“ La loi du 22 décembre 2021
laisse une empreinte considérable
sur les dispositifs de réduction de peine
et la mesure de libération sous
contrainte ”**

En revanche, la loi laisse une empreinte considérable dans les deux autres domaines évoqués, à savoir les dispositifs de réduction de peine et la mesure de libération sous contrainte : l'impact sur la durée des peines sera ici manifeste. Mais l'illusion de prévisibilité de la durée de la peine (I) risque fort de se heurter au flagrant déni des réalités de l'application des peines (II).

I. L'ILLUSION DE LA PRÉVISIBILITÉ DE LA DURÉE DE LA PEINE

Rendre les peines et leur durée plus lisibles et compréhensibles – objectif louable s'il en est –, la loi pour la confiance dans l'institution judiciaire s'y essaye à travers deux procédés : d'une part en mettant fin à l'automatisme des réductions de peine, d'autre part en systématisant le recours à la libération sous contrainte dans certaines circonstances.

1. Le système de réduction de peine en vigueur depuis la loi du 9 mars 2004⁽⁵⁾ repose sur un dispositif de « crédit de réduction de peine » (CRP) que le condamné se voit notifier dès le début de sa peine et qui permet en théorie de fixer une date prévisible de sortie pour celui-ci. Selon ce dispositif, le condamné bénéficie d'un CRP calculé sur la durée de la condamnation prononcée, à hauteur de trois mois pour la première année, de deux mois pour les années suivantes, et de sept jours par mois pour les durées calculées sur une période inférieure à une année⁽⁶⁾. Ce

système avait été retenu car dans le dispositif antérieur, qui prévoyait l'octroi de réductions de peine sur la base du comportement du détenu, les juges prononçaient généralement assez aisément la réduction maximale prévue dès lors qu'aucun incident disciplinaire n'était relevé. L'institutionnalisation du crédit consistait donc en réalité en la légalisation d'une pratique déjà bien ancrée⁽⁷⁾.

Si l'annonce par le garde des Sceaux de l'abandon des CRP a surpris et suscité l'incompréhension d'une partie des acteurs de l'application des peines, l'ancien système présentait tout de même certains défauts. L'étude d'impact de la loi du 22 décembre 2021 expose ainsi plusieurs critiques à l'endroit des CRP⁽⁸⁾ : d'abord, l'automatisme de ces réductions est peu compréhensible pour le grand public, car amputer immédiatement la peine prononcée d'une partie conséquente de sa durée semble conforter l'idée que « les peines prononcées ne sont finalement pas exécutées » ; cette automatisme est en outre contraire au principe d'individualisation de la peine ; enfin, la coexistence de plusieurs sortes de réductions de peine – CRP, réductions de peine supplémentaires (RPS) et réductions de peine exceptionnelles (RPE) – au sein d'un même système ajoute à la confusion. Initialement, les CRP avaient été institués pour permettre au condamné de connaître sa date prévisible de sortie, car toutes les réductions étaient soustraites dès le début de l'exécution de sa peine. L'idée était de faciliter la préparation à la sortie, la date de celle-ci pouvant être projetée dès le prononcé de la peine. En pratique toutefois, des RPS attribuées en cours d'exécution⁽⁹⁾ pour reconnaître les « efforts sérieux de réinsertion sociale » fournis par le condamné pouvaient s'ajouter aux CRP initialement calculés, susceptibles d'entraîner une modification de la date de sortie. Le juge de l'application des peines (JAP) pouvait par ailleurs décider du retrait de CRP en cas de mauvaise conduite du condamné, et ainsi déplacer une nouvelle fois la date prévisible de la fin de peine. L'objectif de prévisibilité de la date de sortie ne pouvait donc pas être atteint avec certitude.

En mettant fin au système des CRP, la loi pour la confiance dans l'institution judiciaire poursuit un objectif de lisibilité et de cohérence du régime des réductions de peine. Elle renonce en revanche à toute prétention de prévisibilité quant à la date de sortie possible pour le condamné.

S'il peut sembler que la réforme propose dès lors un retour à l'ancien dispositif de réductions de peine récompensant l'absence de mauvais comportement, ce n'est pas exactement le cas, le nouveau système se voulant fondé sur l'incitation du détenu à la proactivité « tant dans le comportement quotidien en détention que dans les efforts de réinsertion sociale »⁽¹⁰⁾. Ce système opère une fusion des anciennes réductions de peines pour bonne conduite et des réductions de peines supplémentaires, en instituant un dispositif reposant sur ces deux piliers :

(7) M. Giacomelli, « Pour la confiance dans l'institution judiciaire dans l'exécution des peines. Beaucoup de bruit... », JCP G 2022, 153.

(8) Étude d'impact, projet de loi pour la confiance dans l'institution judiciaire, 13 avr. 2021, p. 164.

(9) La durée des RPS peut aller jusqu'à 3 mois par an pour les peines supérieures ou égales à 1 an, et 7 jours par mois pour les peines inférieures à 1 an : CPP, art. 721-1.

(10) Étude d'impact, projet de loi pour la confiance dans l'institution judiciaire, 13 avr. 2021, p. 166.

(5) L. n° 2004-204, 9 mars 2004, portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

(6) CPP, art. 721.

la bonne conduite du condamné ⁽¹¹⁾ et les efforts sérieux de réinsertion ⁽¹²⁾. Le JAP devra prononcer, sur avis de la commission d'application des peines (CAP), les réductions correspondantes par fraction annuelle, avec un maximum de 6 mois de réduction de peine par année d'incarcération, et de 14 jours par mois pour les durées inférieures à 1 an. Selon une modélisation optimiste de l'étude d'impact, si le JAP prononce 68 % des réductions de peine qu'il peut prononcer suivant le nouveau dispositif sur l'ensemble de la population détenue condamnée, cela entraînera une baisse des effectifs en détention ⁽¹³⁾.

Malgré ce semblant d'homogénéité affiché au sein de ce nouveau dispositif de réductions de peine, il convient de relever que demeurent en vigueur les réductions de peine exceptionnelles pouvant aller jusqu'au tiers de la peine ⁽¹⁴⁾, qui sont à présent également étendues aux personnes détenues ayant fait preuve d'un comportement exceptionnel à l'égard de l'institution pénitentiaire (par ex. éviter ou mettre fin à une action collective ou individuelle de nature à perturber gravement la sécurité de l'établissement ou à porter atteinte à l'intégrité des personnes au sein de l'établissement) ⁽¹⁵⁾. Sous couvert d'une meilleure individualisation de la peine par une procédure simplifiée devant la CAP pour ces dernières, le nouveau dispositif, appliqué dans sa globalité, risque de ne pas aider à la visibilité de la fin de peine pour le condamné, rendant par là même plus difficile sa mobilisation autour d'un projet de sortie.

La nouvelle procédure prévoit en outre d'assurer une place aux personnels de surveillance au sein de la CAP en modifiant sa composition pour y intégrer un représentant du corps de commandement ou du corps d'encadrement et d'application du personnel de surveillance, lequel sera chargé de remettre un avis concernant l'implication de la personne détenue dans son parcours carcéral, en complément de l'avis rendu par les services pénitentiaires de probation et d'insertion.

Notons par ailleurs que le JAP conserve le pouvoir de retirer en tout ou partie les réductions de peines octroyées

l'année précédente en cas de mauvaise conduite du condamné. Lors de la prise de décision à ce sujet, le condamné ou son conseil doivent pouvoir présenter leurs observations. On assiste ainsi enfin à l'instauration timide d'un embryon de procédure contradictoire au sein d'un dispositif à visée clairement répressive.

“ La volonté de systématisation des mesures de libération sous contrainte interroge car elle laisse très peu de place à l'individualisation ”

2. S'agissant de la libération sous contrainte instaurée par la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales, la loi pour la confiance dans l'institution judiciaire vient parachever l'ouvrage de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice. Dans la lutte contre la surpopulation pénitentiaire qui gangrène nombre d'établissements français, l'exécutif fait feu de tout bois pour inciter à la mise en place d'aménagements de peine. La loi de 2014 avait créé le dispositif, qui s'est révélé un échec en pratique, les JAP ne s'étant pas emparés de l'outil ⁽¹⁶⁾. Il s'agissait alors de créer une procédure d'examen automatique de la situation de tout condamné à une peine inférieure ou égale à cinq ans parvenant aux deux tiers de sa peine, incitant au prononcé d'une mesure permettant l'exécution de la peine sous le régime d'un aménagement (semi-liberté, placement extérieur, libération conditionnelle, placement sous surveillance électronique, etc.). La loi de 2019 a prétendu renforcer le recours à la « libération sous contrainte » en systématisant son application, le JAP ne pouvant en refuser l'octroi « qu'en constatant, par ordonnance spécialement motivée, qu'il est impossible de mettre en œuvre une de ces mesures au regard des exigences de l'article 707 [du Code de procédure pénale] ». Le résultat obtenu n'étant toujours pas à la hauteur des attentes du gouvernement, la loi du 22 décembre 2021 franchit le pas de l'automatisation du recours à la libération sous contrainte pour les condamnés à des peines inférieures ou égales à deux ans dont le reliquat de peine est inférieur ou égal à trois mois. Dans ce cas, le JAP prononce la libération sous contrainte de plein droit, la seule exception prévue par la loi étant celle de l'impossibilité matérielle résultant de l'absence d'hébergement. La libération sous contrainte devient dès lors quasi-automatique.

La logique qui guide cette volonté de systématisation interroge car elle laisse très peu, voire pas, de place à l'individualisation, en totale contradiction avec la démarche prônée en matière de réductions de peine. Le risque de « sortie sèche », sans accompagnement, est évité, mais en l'absence de projet de sortie, l'exercice peut s'avérer délicat.

Au-delà des résultats incertains quant à la prévisibilité de la durée de la peine, les modifications apportées risquent

(11) La bonne conduite sera appréciée au regard notamment (mais pas exclusivement) des critères suivants : l'absence d'incident disciplinaire, le respect du règlement intérieur de l'établissement ou des instructions de service, l'implication dans la vie quotidienne ou le comportement avec le personnel pénitentiaire ou exerçant à l'établissement, avec les autres personnes détenues et avec les personnes en mission ou en visite : CPP, art. 721 nouv. (applicable à compter du 1^{er} janvier 2023).

(12) Les efforts sérieux de réinsertion sont appréciés en tenant compte notamment du suivi avec assiduité d'une formation scolaire, universitaire ou professionnelle ayant pour objet l'acquisition de connaissances nouvelles, des progrès dans le cadre d'un enseignement ou d'une formation, de l'engagement dans l'apprentissage de la lecture, de l'écriture et du calcul, de l'exercice d'une activité de travail, de la participation à des activités culturelles, notamment de lecture, de la participation à des activités sportives encadrées, du suivi d'une thérapie destinée à limiter les risques de récidive, de l'investissement soutenu dans un programme de prise en charge proposé par le service pénitentiaire d'insertion et de probation ou des versements volontaires des sommes dues aux victimes et au Trésor public : CPP, art. 721 nouv. (applicable à compter du 1^{er} janvier 2023).

(13) Étude d'impact, projet de loi pour la confiance dans l'institution judiciaire, 13 avr. 2021, p. 171.

(14) CPP, art. 721-3 : réduction applicable aux condamnés qui ont permis de faire cesser ou d'éviter la commission d'infractions des actes relevant de la délinquance ou de la criminalité organisée.

(15) CPP, art. 721-4 nouv.

(16) V. sur les causes possibles de cet échec, M. Herzog-Evans (dir.), *La mise en œuvre de la libération sous contrainte dans le Nord-Est de la France*, sept. 2017, p. 157 et s.

de se heurter frontalement aux réalités contemporaines de l'application des peines.

II. UN FLAGRANT DÉNI DE RÉALITÉ DE L'APPLICATION DES PEINES

Placées sous l'éclairage des réalités institutionnelles et culturelles de l'application des peines, la réforme des réductions de peine et la systématisation de la libération sous contrainte dans certaines circonstances font craindre un choc aux répercussions multiples et considérables, car semblant ignorer volontairement certaines barrières.

1. Ainsi, l'instauration de ces deux mesures se fait dans le déni de la culture de la « justice de l'application des peines ». L'abandon des CRP signifie l'abandon d'un système qui, malgré ses défauts, fonctionne, pour le remplacer par un système proche de celui abandonné par le passé, et ce dans un contexte actuel de surpopulation carcérale sensible. Or « les pratiques et convictions des juges ne sont pas totalement plastiques et peuvent montrer certaines résistances quand les nouvelles règles leur paraissent inappropriées »⁽¹⁷⁾. Si la modélisation optimiste de l'étude d'impact de la loi du 22 décembre 2021 faisait espérer une baisse des effectifs en détention en tablant sur l'appropriation des nouvelles mesures par les juges et le prononcé de réductions de peine à hauteur de 68 % des possibilités, les scénarios les plus réalistes, car proches des taux actuels d'attribution des RPS aux alentours de 45 % des possibilités, laissent entrevoir une hausse de près de 10 000 détenus⁽¹⁸⁾. Ces données font également abstraction de l'intégration, par les juges de jugement, de l'automatisme des CRP dans leurs calculs lors du prononcé de la peine, ce qui a entraîné au cours des dernières années un allongement de la durée des peines privatives de liberté prononcées⁽¹⁹⁾. La disparition de cette automatisme ne se traduira pas nécessairement (cela semble même peu probable) par une inversion de la tendance dans le prononcé des peines, alors même que les réductions de peines ne sont cette fois aucunement garanties, ce qui pourrait entraîner un allongement de fait de la durée des peines exécutées. On pourrait opposer à cette crainte qu'en 2004, la culture des juridictions de l'application des peines s'était précisément adaptée à une modification majeure. Cela revient toutefois à occulter que la réforme de 2004 avait consisté à avaliser un fonctionnement qui était déjà ancré dans les pratiques et qui allégeait la charge de travail des JAP, là où la loi nouvelle instaure un dispositif qui est loin d'emporter l'adhésion des juges concernés⁽²⁰⁾ et qui entraîne pour eux une somme de travail supplémentaire.

Dans le même sens, la systématisation de la libération sous contrainte, alors que les JAP marquent toujours une réticence à son encontre⁽²¹⁾, semble vouloir imposer aux

forceps une manière de raisonner qui ne concorde pas avec la culture de l'application des peines : celle-ci appuie en règle générale ses décisions d'octroi d'aménagements de peine sur un projet de réinsertion. L'absence de toute demande préalable et de nécessité de tout projet d'insertion est un frein logique au recours à la libération sous contrainte par les JAP.

2. Ces deux mesures – la réforme des réductions de peine et la systématisation de la libération sous contrainte – font par ailleurs fi des réalités carcérales : le risque d'augmentation du nombre de personnes détenues en raison de la disparition des CRP d'une part, et les limites intrinsèques du recours à la libération sous contrainte d'autre part, ne paraissent pas tenir compte de l'urgence actuelle en termes de lutte contre la surpopulation pénitentiaire, doublée d'une crise sanitaire aiguë. Le Conseil d'État, dans son avis du 8 avril 2021⁽²²⁾, signale d'ailleurs la sévérité accrue du nouveau dispositif, qui permet de cumuler le retrait non plafonné des réductions de peine octroyées l'année précédente (donc dans la seule limite des six mois de réduction possibles) et le refus d'octroi de réductions pour l'année en cours, là où le dispositif antérieur ne permettait que le retrait de CRP plafonné à trois mois. Notons enfin que pour l'octroi des réductions de peine pour efforts sérieux de réinsertion, les critères concernent principalement la participation aux formations et activités diverses au sein de l'établissement. Or, malgré les efforts annoncés en la matière par le garde des Sceaux, les carences de l'offre d'activité et de travail en détention sont notoires. Le détenu ne saurait pallier, à lui seul, les insuffisances d'un système tout entier.

3. S'agissant ensuite des réalités institutionnelles, elles semblent, elles aussi, délibérément ignorées : les réformes envisagées s'accompagnent d'une augmentation conséquente de la charge de travail, pleinement reconnue dans l'étude d'impact⁽²³⁾, pour les JAP et le greffe, mais également pour les services pénitentiaires d'insertion et de probation et les personnels du greffe pénitentiaire. Si de nouveaux recrutements sont prévus, la surcharge actuelle des juridictions et de la Justice en général, le retard accusé dans la mise en place de l'outil informatique, et la paupérisation de l'institution, dénoncée récemment par un mouvement historique des magistrats, greffiers et auxiliaires de justice⁽²⁴⁾, ne permettent pas d'aborder sereinement ce virage dans l'application des peines. À ces difficultés structurelles s'ajouteront les obstacles logistiques liés à la coexistence, pour de longues années, des deux systèmes de réductions de peine, la loi ayant exclu la possibilité d'un régime mixte.

4. La réforme entraîne enfin un véritable risque d'inégalité et d'atteinte aux droits des condamnés. Concernant d'abord la réforme des réductions de peine, elle s'appliquera aux personnes incarcérées à compter du 1^{er} janvier 2023, donc pour des faits commis avant son entrée en vigueur, voire pour des faits commis avant l'adoption de

(17) B. Monnery, « La réforme des réductions de peine : un pari très risqué », *Lexbase Pénal* 23 août 2021, n° 38.

(18) Étude d'impact, projet de loi pour la confiance dans l'institution judiciaire, 13 avr. 2021, p. 171.

(19) Ministère de la Justice, Administration pénitentiaire, « Séries statistiques des personnes placées sous main de justice, 1980-2021 », tableau 48 consultable sur <https://lexn.fr/DeQCpo>.

(20) ANJAP, communiqué, 5 mars 2021.

(21) Étude d'impact, projet de loi pour la confiance dans l'institution judiciaire, 13 avr. 2021, p. 152.

(22) CE, avis, 8 avr. 2021, n° 402569, sur un projet de loi pour la confiance dans l'institution judiciaire, p. 17.

(23) Étude d'impact, projet de loi pour la confiance dans l'institution judiciaire, 13 avr. 2021, p. 174.

(24) P. Januel, « La tribune des 3 000 mobilise les magistrats », *Dalloz actualité*, 2 déc. 2021.

la loi l'instituant, le 22 décembre 2021. Il s'agit évidemment d'un choix logistique visant à faciliter le travail du greffe pénitentiaire en liant la date d'entrée en vigueur du nouveau mode de calcul à la date d'écrou. Si le Conseil d'État n'y trouve rien à redire et qu'il s'agit en l'occurrence d'une dérogation légale à l'article 112-2, 3°, du Code pénal prévoyant que les lois relatives au régime d'exécution et d'application des peines qui « auraient pour résultat de rendre plus sévères les peines prononcées par la décision de condamnation ne sont applicables qu'aux condamnations prononcées pour des faits commis postérieurement à leur entrée en vigueur », il aurait été plus conforme aux exigences du principe de légalité (et à celle de prévisibilité de la peine, à laquelle participe le régime d'exécution) de faire coïncider la date d'applicabilité de la réforme avec celle de la commission des faits.

Un dernier risque de disparité, relevé cette fois par le Conseil d'État, concerne la répartition des réductions de peine en fonction de leur objet (bonne conduite ou efforts

de réinsertion) : le texte ne prévoit pas de quantum associé à chacun de ces objectifs au sein du maximum de six mois de réduction par an prévu par la loi, laissant toute latitude au JAP pour déterminer, en fonction de ses propres critères, les réductions à attribuer. À défaut de référentiel partagé par toutes les juridictions de l'application des peines, l'absence de repère dans les textes laisse craindre des disparités importantes dans l'attribution de réductions de peine en fonction des JAP amenés à statuer et des établissements concernés.

En définitive, *les promesses de gascon* portant sur la confiance dans la durée de la peine seront difficilement tenues ; la prévisibilité de cette durée et l'objectif de réinsertion de la peine ne seront vraisemblablement pas mieux assurés dans ce nouveau système. Et au milieu de ce chaos soigneusement orchestré, rétablir la confiance des citoyens dans l'institution judiciaire relève de la quadrature du cercle.