

Décision n° 2015-506 QPC du 4 décembre 2015

M. Gilbert A.

(Respect du secret professionnel et des droits de la défense lors d'une saisie de pièces à l'occasion d'une perquisition)

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 29 septembre 2015 par la Cour de cassation (chambre criminelle, arrêt n° 4726 du même jour) d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) posée pour M. Gilbert A. relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit des articles 56, 57, 81 et 96 du code de procédure pénale (CPP).

Dans sa décision n° 2015-506 du 4 décembre 2015, le Conseil constitutionnel a déclaré contraires à la Constitution le troisième alinéa de l'article 56 et les mots « *Sous réserve de ce qui est dit à l'article 56 concernant le respect du secret professionnel et des droits de la défense* » figurant à l'article 57 du CPP. Il a en revanche déclaré le troisième alinéa de l'article 96 du même code conforme à la Constitution.

Dans cette affaire, M. Guy Canivet a estimé devoir s'abstenir de siéger.

I. – Les dispositions contestées et le contexte de la procédure

Les dispositions contestées sont, à l'exception de celles de l'article 81 du CPP, relatives aux modalités de perquisition et de saisie en matière pénale.

A. – Objet des dispositions contestées

La perquisition et la saisie constituent deux mesures d'investigation présentant un caractère fondamental pour le recueil d'indices matériels dans le cadre d'une procédure pénale.

La perquisition consiste à pénétrer dans un lieu clos pour y procéder à la recherche d'éléments utiles à la manifestation de la vérité tandis que la saisie se définit, en matière pénale, comme le placement sous main de justice d'un objet. La saisie est souvent réalisée dans le cadre d'une perquisition. Elle peut toutefois être effectuée de manière autonome lorsque l'objet saisi est remis spontanément ou lorsqu'il est découvert dans un lieu public.

Ces actes d'investigation peuvent être réalisés dans le cadre d'une enquête de flagrance, d'une enquête préliminaire ou dans le cadre d'une instruction.

1. – Les perquisitions et saisies dans le cadre d'une enquête pénale

a. – L'enquête de flagrance

En enquête de flagrance, la possibilité pour les enquêteurs de réaliser des perquisitions et saisies, et les conditions encadrant la réalisation de ces actes, hors régimes spécifiques, résultent, depuis la création du CPP, des articles 56 et 57 de ce code.

Aux termes du premier alinéa de l'article 56 du CPP, dans sa rédaction originelle issue de la loi n° 57-1426 du 31 décembre 1957 portant institution d'un code de procédure pénale : *« Si la nature du crime est telle que la preuve en puisse être acquise par la saisie des papiers, documents ou autres objets en la possession des personnes qui paraissent avoir participé au crime ou détenir des pièces ou objets relatifs aux faits incriminés, l'officier de police judiciaire se transporte sans désemparer au domicile de ces derniers pour y procéder à une perquisition dont il dresse procès-verbal ».*

En un peu plus de cinquante ans, cet alinéa a été modifié uniquement à deux reprises, la première fois par la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, afin de préciser que la saisie peut porter également sur des « données informatiques », la seconde par la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010, relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants, afin de permettre également la réalisation d'une perquisition en tous lieux dans lesquels sont susceptibles de se trouver des biens dont la confiscation est prévue à l'article 131-21 du code pénal.

** Les perquisitions*

En application du premier alinéa de l'article 56, une perquisition ne vise que des investigations menées dans un « domicile », ce qui ne recouvre pas uniquement le lieu où une personne a son principal établissement mais encore le lieu où *« qu'elle y habite ou non, elle a le droit de se dire chez elle quels que soient le titre juridique de son occupation et l'affectation donnée aux locaux ».*

Conformément à ce même alinéa, une perquisition doit être réalisée par un officier de police judiciaire (OPJ), ce qui exclut qu'elle soit effectuée par un agent de police judiciaire. Comme c'est le principe en matière de flagrance, l'officier de police judiciaire peut agir sans autorisation préalable du procureur

de la République, sauf lorsque la perquisition est effectuée aux seuls fins de rechercher et de saisir des biens dont la confiscation est prévue par les cinquième et sixième alinéas de l'article 131-21 du code pénal (CP).

Si dans le cadre de la flagrance le consentement de l'occupant n'est pas requis, l'article 57 du CPP exige que la perquisition soit réalisée « *en présence de la personne au domicile de laquelle la perquisition a lieu* » et, en cas d'impossibilité, en présence d'un représentant de son choix et, à défaut, en présence de deux témoins requis à cet effet par l'officier de police judiciaire.

Le dernier alinéa de cet article impose qu'un procès-verbal des opérations de perquisition soit dressé.

Enfin, en application de l'article 59 du CPP, une perquisition ne peut, « *sauf réclamation de l'intérieur* », être commencée avant six heures et après vingt et une heures.

* *Les saisies*

L'exécution d'une saisie est essentiellement encadrée par les dispositions de l'article 56 du CPP.

En application du second alinéa de cet article, seul l'officier de police judiciaire réalisant la perquisition, les personnes requises en application de l'article 57 du CPP ou celles requises car il y a lieu de procéder à des constatations ou à des examens techniques ou scientifiques, peuvent prendre connaissance des documents dont la saisie est envisagée.

Le quatrième alinéa indique que les biens saisis doivent être inventoriés et placés sous scellés.

Les cinquième et sixième alinéas de ce même article sont relatifs aux conditions de saisie de données informatiques.

Le septième alinéa permet à l'OPJ, en application des principes de nécessité et de proportionnalité, de ne maintenir que la saisie des objets utiles à la manifestation de la vérité.

En cas de saisie de fonds ou valeurs, le huitième alinéa permet au procureur de la République, sous certaines conditions, d'autoriser leur dépôt à la Caisse des dépôts et consignations ou à la Banque de France ou sur un compte ouvert auprès d'un établissement bancaire par l'Agence de gestion et de recouvrement des avoirs saisis et confisqués.

Les neuvième et dixième alinéas sont relatifs à la saisie de fausse monnaie.

Enfin, le dernier alinéa permet à l'OPJ de retenir sur place les personnes présentes lors de la perquisition et susceptibles de fournir des renseignements sur les objets saisis.

b. – L'enquête préliminaire

Les dispositions du CPP relatives aux perquisitions et saisies dans le cadre d'une enquête préliminaire n'étaient pas contestées dans la QPC à l'origine de la décision commentée. Pour mémoire, un officier de police judiciaire peut réaliser ces actes d'investigations sur le fondement de l'article 76 du CPP. Les règles procédurales sont identiques à celles applicables en matière de flagrance, à une exception notable : le consentement de la personne chez qui les opérations ont lieu, est requis (il peut toutefois y être dérogé sous certaines conditions et sur autorisation du juge des libertés et de la détention).

2. – Les perquisitions et saisies dans le cadre d'une instruction

En application du premier alinéa de l'article 81 du CPP, le juge d'instruction peut procéder « *conformément à la loi, à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité* ». Sur ce fondement, le juge d'instruction peut donc réaliser des perquisitions et saisies. Toutefois, la possibilité pour le juge d'instruction de réaliser ces actes d'investigation résulte également d'autres dispositions plus précises.

Ainsi, en ce qui concerne les perquisitions, l'article 92 du CPP dispose que le juge d'instruction peut « *se transporter sur les lieux pour y effectuer les constatations utiles ou procéder à des perquisitions* », l'article 94 du même code que « *les perquisitions sont effectuées dans tous les lieux où peuvent se trouver des objets ou des données informatiques dont la découverte serait utile à la manifestation de la vérité ou des biens dont la confiscation est prévue par l'article 131-21 du code pénal* ».

Les règles encadrant la perquisition sont proches de celles applicables en enquête de flagrance. Aux termes de l'article 95 du CPP, les dispositions des articles 57 et 59 du CPP sont ainsi applicables en cas de perquisition menée dans le cadre d'une instruction. Par ailleurs, aux termes des deux premiers alinéas de l'article 96 du CPP, en cas de perquisition au domicile d'une personne autre que celle mise en examen, la perquisition est réalisée chez elle doit être invitée à y assister et, à défaut de sa présence, la perquisition a lieu en présence de deux de ses parents ou alliés, ou en présence de deux témoins.

En matière de saisie, le dernier alinéa de l'article 96 du CPP indique que les dispositions de l'article 56 sont applicables aux perquisitions réalisées par le juge d'instruction. Par ailleurs, l'article 97 du CPP, applicable en cas de saisie au stade de l'instruction, comporte des dispositions reprenant en large partie celles de l'article 56.

3. – La perquisition et le secret professionnel

a. – La protection générale du secret professionnel et des droits de la défense en cas de perquisition et de saisie

Depuis leur création les articles 56, 76 (par renvoi) et 96 du CPP prévoient que l'OPJ ou le juge d'instruction procédant à une perquisition a « *l'obligation de provoquer préalablement toutes mesures utiles pour que soit assuré le respect du secret professionnel et des droits de la défense* ».

Il n'est pas aisé de déterminer la portée exacte de cette disposition dès lors que le législateur a par la suite adopté, aux articles 56-1 à 56-3 du CPP, des dispositions spécifiques pour assurer la protection de certains secrets professionnels et des droits de la défense (*cf. infra b*).

Les travaux préparatoires font apparaître la volonté « *d'introduire dans le code de procédure pénale un principe général qui, suffisamment large, permettrait d'assurer dans tous les cas le respect du secret professionnel et des droits de la défense* »¹.

Dans leur traité de procédure pénale, F. Desportes et L. Lazerges Cousquer, indiquent qu'on ne peut analyser cette règle comme une simple introduction à ces dispositions particulières dès lors que, rédigée en termes généraux, elle s'applique bien au-delà et tend à préserver le secret professionnel quel qu'en soit le dépositaire. Selon eux, cette disposition « *n'interdit nullement de perquisitionner dans les locaux de personnes tenues au secret professionnel, ni même de prendre connaissance d'informations couvertes par ce secret. Il s'agit en réalité d'éviter, au cours des opérations de perquisition, toute atteinte au secret qui ne serait justifiée par les besoins de la manifestation de la vérité. A cet effet, le juge ou l'OPJ doit veiller à ce que les tiers présents à un titre ou à un autre (...) ne prennent inconsidérément connaissance des documents et données trouvées par lui (...). La protection des droits de la défense impose quant à elle d'éviter qu'au cours d'une perquisition soit examinée la*

¹ Rapport n° 4255 de M. Isorni.

correspondance échangée entre la personne mise en examen et son avocat en vue d'organiser la défense de la première ».

C'est en tout cas sur le fondement des articles 56 et 96 du CPP que la Cour de cassation a jugé que le pouvoir de saisir les objets utiles à la manifestation de la vérité trouve sa limite dans le principe de la libre défense qui commande de respecter la confidentialité des correspondances échangées entre un avocat et son client et liées à l'exercice des droits de la défense². C'est également sur le fondement de l'article 96 du CPP que la Cour de cassation a jugé qu'un juge d'instruction ayant, d'une part, avant de se transporter dans un cabinet d'avocat pour réaliser une perquisition, prévenu le bâtonnier en exercice en lui fournissant toutes indications utiles pour lui permettre s'assister à la perquisition et, d'autre part, consulté des documents se trouvant dans ce cabinet en présence du bâtonnier, avait provoqué les mesures utiles afin que soit respecté le secret professionnel³.

b. – Les dispositions protégeant spécifiquement certains secrets professionnels et les droits de la défense en cas de perquisition et de saisie

Outre les dispositions générales précitées, le législateur a introduit progressivement, au cours des trente dernières années, des dispositions destinées à protéger spécifiquement certains secrets professionnels en cas de perquisition ou de saisies. Ces dispositions sont applicables tant au stade de l'enquête qu'à celui de l'instruction.

Ainsi, l'article 56-1 du CPP encadre les perquisitions réalisées au cabinet d'un avocat ou à son domicile. Celles-ci ne peuvent être réalisées que par un magistrat, en présence du bâtonnier, à la suite d'une décision écrite du magistrat. Le bâtonnier peut s'opposer à la saisie d'un document s'il estime que celle-ci serait irrégulière. Le document ou bien est alors placé sous scellé et il appartient au juge des libertés et de la détention de statuer, dans un délai de cinq jours, sur la contestation et d'ordonner la restitution du bien saisi ou le versement du scellé à la procédure.

L'article 56-2 est relatif aux perquisitions dans les locaux ou véhicules d'une entreprise de presse, de communication audiovisuelle, de communication au public en ligne, d'une agence de presse ou au domicile d'un journaliste lorsque les investigations sont liées à son activité professionnelle. Celles-ci doivent alors être menées par un magistrat et faire l'objet d'une décision écrite et motivée. La personne présente lors de la perquisition en application de l'article 57 du CPP

² Cass. crim. 13 décembre 2006, B.C. n° 313

³ Cass. crim. 1^{er} février 1988, n° 86-95678, B.C. n° 47

peut s'opposer à une saisie si elle estime que celle-ci serait irrégulière et il appartient alors à nouveau au juge des libertés et de la détention de se prononcer dans les cinq jours sur la validité de cette saisie.

Enfin, l'article 56-3 du CPP impose que les perquisitions réalisées dans le cabinet d'un médecin, d'un notaire ou d'un huissier soient effectuées par un magistrat et en présence de la personne responsable de l'ordre à laquelle appartient l'intéressé.

B. – Origine de la QPC et question posée

M. Gilbert A. a été mis en examen le 1^{er} juillet 2014 des chefs de recel de violation du secret professionnel et de trafic d'influence passif par une personne exerçant une fonction publique. Dans le cadre de cette procédure, il a déposé une requête en annulation de certaines pièces devant la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris. Il contestait notamment la régularité de la saisie par les juges d'instruction, lors d'une perquisition réalisée à la Cour de cassation, d'un rapport et d'un projet d'arrêt rédigés par un conseiller-rapporteur à la chambre criminelle concernant un pourvoi en cassation. Par un arrêt du 7 mai 2015, la chambre de l'instruction a rejeté la requête en annulation.

M. Gilbert A. s'est pourvu en cassation le 11 mai 2015 et a déposé, à l'appui de son pourvoi, une QPC ainsi rédigée : « *Les dispositions des articles 81, 56, 57 et 96 du code de procédure pénale, en ce qu'elles autorisent la saisie de toutes pièces, y compris, au sein d'une juridiction, d'une pièce couverte par le secret du délibéré, sans assigner de limites à cette mesure ni l'assortir de garanties spéciales de procédure, portent-elles atteinte au principe d'indépendance des juges et au droit à un procès équitable garantis par articles 64 de la Constitution et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ?* ».

Par l'arrêt précité du 29 septembre 2015, la chambre criminelle de la Cour de cassation a estimé que « *la question posée présente un caractère sérieux, en ce que les textes précités, relatifs aux pouvoirs du juge d'instruction au cours d'une information, ou d'un officier de police judiciaire, quel que soit le cadre de son enquête, ne comportent, en matière de perquisitions et de saisies de documents dans une juridiction, aucune disposition qui garantisse leur conformité aux principes d'indépendance et d'impartialité du juge, auxquels participe le secret du délibéré* » et a en conséquence transmis la question au Conseil constitutionnel.

Par ailleurs, deux personnes ont demandé à intervenir devant le Conseil constitutionnel aux fins de contestation de la constitutionnalité de l'article 56 du CPP.

II. – L'examen de la constitutionnalité des dispositions contestées

Avant d'examiner la constitutionnalité des dispositions contestées, le Conseil constitutionnel devait déterminer quel était le champ de la QPC et si les interventions formées devant lui pouvaient être admises.

* Le requérant soulevait un unique grief tiré de la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence dans des conditions de nature à entraîner une atteinte au principe d'indépendance des juges. Il estimait en effet que le législateur aurait dû prévoir des garanties procédurales spécifiques encadrant la saisie, dans le cadre d'une procédure pénale, d'une pièce couverte par le secret du délibéré.

La Cour de cassation a transmis au Conseil constitutionnel la question de constitutionnalité telle qu'elle avait été formulée par le requérant, c'est-à-dire comme portant sur l'intégralité des articles 56, 57, 81 et 96 du CPP.

Les dispositions renvoyées étaient pour partie relatives à l'ensemble de la procédure de saisie et de perquisition et pour partie même étrangères à cette procédure. Comme il y procède régulièrement, le Conseil constitutionnel a restreint le champ de la QPC aux seules dispositions relatives à la protection du secret professionnel en cas de perquisition ou de saisie : les troisièmes alinéas des articles 56 et 96 qui imposent aux enquêteurs ou au magistrat instructeur effectuant une perquisition ou des saisies « *de provoquer préalablement toutes mesures utiles pour que soit assuré le respect du secret professionnel et des droits de la défense* », ainsi que les dispositions de l'article 57 faisant référence à l'article 56. Le Conseil constitutionnel a estimé que, s'il existait une incompétence négative, elle gisait dans ces dispositions.

* Le Conseil constitutionnel était par ailleurs saisi de deux demandes d'intervention. En vertu du deuxième alinéa de l'article 6 du règlement intérieur du 4 février 2010 sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les QPC, les personnes justifiant d'un « *intérêt spécial* » sont admises à présenter une intervention. Par ailleurs, le Conseil constitutionnel juge que la personne ayant posé une QPC portant sur les mêmes dispositions que celles dont le Conseil est saisi justifie d'un tel intérêt⁴.

⁴ Décision n° 2015-459 QPC du 26 mars 2015, *M. Frédéric P. (Droit de présentation des greffiers des tribunaux de commerce, cons. 1)*.

En l'espèce, l'un des intervenants indiquait avoir posé devant la chambre d'instruction d'une cour d'appel une QPC portant sur l'article 56 du CPP, mais faisait également état de ce que cette QPC avait été rejetée avant la saisine du Conseil constitutionnel. Le Conseil constitutionnel a donc estimé que, dès lors qu'il ne justifiait pas, par ailleurs, d'un intérêt spécial à intervenir, son intervention ne pouvait être admise (cons. 8).

L'autre intervenant justifiait également avoir déposé une QPC portant sur l'article 56 du CPP encore pendante lors de la saisine du Conseil constitutionnel. Toutefois, cet intervenant ne développait aucun grief à l'encontre des dispositions contestées telles que délimitées par le Conseil constitutionnel. Ses observations n'étaient pas relatives à la protection du secret professionnel ou des droits de la défense lors d'une perquisition et d'une saisie, et ne pouvaient donc être regardées comme portant sur le bien-fondé du troisième alinéa de l'article 56 du CPP. Dans ces conditions, comme il l'avait déjà jugé dans sa décision n° 2013-322 QPC du 14 juin 2013, le Conseil constitutionnel a également déclaré non admise la seconde intervention (cons. 9), et ce alors même que les intervenants avaient été admis à l'audience⁵.

Ce faisant, le Conseil constitutionnel a donc estimé que la recevabilité d'une intervention devait s'apprécier au regard de l'objet de la QPC tel qu'il l'a délimitée et non tel qu'il résulte de la décision de renvoi. En effet, en restreignant le champ de la QPC, le Conseil constitutionnel donne à celle-ci la portée qu'elle aurait dû avoir *ab initio* ou à laquelle le juge du filtre aurait dû la réduire ; il est donc normal que cette restriction rétroagisse et s'applique aux interventions. Et, s'il est loisible à un intervenant de développer des moyens différents du requérant, il ne peut étendre le champ de celle-ci. Une position contraire aurait permis, d'une part, à des parties en intervention d'élargir le débat devant le Conseil constitutionnel, d'autre part, à des intervenants à la QPC d'éviter ainsi le juge du filtre et d'obtenir l'examen de questions dépourvues de tout caractère sérieux.

A. – Le principe du secret du délibéré

* Le principe du secret du délibéré est une règle traditionnelle en droit français. Ce principe est apparu dès le Moyen-Âge en réaction à l'usage selon lequel le juge opinait en public et devait défendre ensuite l'arrêt auquel il avait participé les armes à la main face à la partie appelante. Il fut énoncé formellement dès le XIV^{ème} siècle dans une ordonnance prise par Philippe V le Long et ensuite

⁵ Pour un précédent, décision n° 2012-298 QPC du 28 mars 2013, *SARL Majestic Champagne (Taxe additionnelle à la contribution sur la valeur ajoutée des entreprises - Modalités de recouvrement)*, cons. 1.

rappelé dans de nombreuses ordonnances royales. Si la loi des 16 et 28 septembre 1791 relative à la « *police de sûreté, la justice criminelle et l'établissement du jury* » a suspendu l'application de ce principe en imposant aux juges d' « *opiner à haute voix à l'audience, en public* », celui-ci a été rétabli lors du vote de la Constitution du cinq fructidor an III et n'a plus été remis en cause depuis.

La jurisprudence constante des deux cours suprêmes lui reconnaît une portée générale. Depuis un arrêt du 9 juin 1843, la Cour de cassation a jugé que ce secret est un « *principe général du droit public français* » (ce qu'elle rappelle par exemple dans un arrêt du 15 février 1995⁶) et le Conseil d'État, depuis une décision du 17 novembre 1922, qu'il s'agit d'un principe général du droit s'imposant à toutes les juridictions⁷.

Par ailleurs, des dispositions législatives et réglementaires prévoient aujourd'hui son application devant les juridictions. Ainsi, aux termes de l'article 448 du code de procédure civile (CPC) « *Les délibérations des juges sont secrètes* » et aux termes de l'article L. 8 du code de justice administrative « *Le délibéré des juges est secret* ». En matière pénale, l'article 304 du CPP impose aux jurés de conserver le secret des délibérations, même après la cessation de leurs fonctions.

Parallèlement à ces dispositions, en application de l'article 6 de l'ordonnance n° 58-1270 du 27 décembre 1958, les magistrats de l'ordre judiciaire prêtent également serment de « *garder religieusement le secret des délibérations* ».

Il en est de même des juges consulaires et des conseillers prud'homaux en application des articles L. 722-7 du code de commerce et D. 1442-13 du code du travail.

Enfin, sur un plan répressif, outre les dispositions pénales réprimant la violation du secret professionnel, l'article 39 de la loi du 29 juillet 1881 sanctionne d'une amende de 18 000 euros le fait de « *rendre compte des délibérations intérieures, soit des jurys, soit des cours et tribunaux* ».

* Si le principe du secret du délibéré a ainsi été continuellement rappelé, c'est qu'il doit permettre de garantir l'indépendance et l'impartialité des juges. Couplé avec le principe de collégialité, il garantit ainsi l'impossibilité de connaître le sens du vote d'un juge et le met à l'abri d'éventuelles pressions avant le jugement et de possibles représailles après celui-ci. Le jugement est l'œuvre du tribunal tout entier.

⁶ Cass. 3e civ., 15 févr. 1995 : Bull. civ. 1995, III, n° 48

⁷ CE, 17 nov. 1922, Legillon : Rec. CE 1922, p. 849.

Ce lien entre le secret du délibéré et le principe d'indépendance est largement admis par la doctrine⁸.

Le secret du délibéré est aussi considéré comme assurant l'autorité des décisions des juges, dans la mesure où les éventuelles dissensions internes à la juridiction demeurent ainsi secrètes. Qu'elle soit rendue à l'unanimité ou à une simple majorité, toute décision est ainsi revêtue du même poids et de la même crédibilité.

* Le principe du secret du délibéré entraîne diverses conséquences.

En premier lieu, il fait obstacle à ce que soient connues les modalités d'adoption de la décision et le sens du vote des juges. La Cour de cassation casse et annule pour violation de l'article 448 du CPC les décisions qui ne respectent pas le secret des délibérations. Par ailleurs, elle a pu juger qu'une décision judiciaire ne doit pas indiquer si elle a été prise à l'unanimité⁹, que seuls les juges peuvent participer au délibéré et que les personnes y assistant doivent y avoir été autorisées par la loi. Le Conseil d'État juge également qu'un jugement ne peut mentionner s'il a été adopté à la majorité des voix, sauf si un texte le prévoit¹⁰, et que la révélation du sens et des motifs d'un jugement avant sa lecture entraîne son irrégularité¹¹.

Le secret du délibéré a également des conséquences sur les devoirs et obligations des magistrats. En application de ce même principe, un magistrat a le devoir de refuser de témoigner sur ce qui peut toucher au secret des délibérations auxquelles il a participé¹². En revanche, tant la Cour de cassation que le Conseil d'État jugent que ce secret s'oppose à ce qu'il puisse être reproché à un magistrat sa participation à une décision juridictionnelle¹³.

* En ce qui concerne les documents couverts par le secret du délibéré, il faut tout d'abord relever que le Conseil constitutionnel lui-même a eu à se prononcer sur cette question.

Instruisant sur des faits de manœuvres frauduleuses de nature à porter atteinte à la sincérité du scrutin dans le cadre des élections municipales de 1995 et des

⁸ Par ex. R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, n° 1170 ou J-F Burgelin, *Les petits et grands secrets du délibéré*, Recueil Dalloz 2001, p. 2755.

⁹ Cass. soc. 9 nov. 1945, G.P 1, p. 223.

¹⁰ CE 26 mars 2003, *Worou* ; 1^{er} juil. 1966, *Cts Poineuf*.

¹¹ CE, 30 déc. 1996, *Élect. mun. Chantilly*, n° 177285.

¹² Cass. Crim, 25 janv. 1968, B.Crim n° 25

¹³ CE, 11 juin 1948, *Poulhies* ; Cass. crim., 19 nov. 1981, B.Crim n° 208

élections législatives de 1997 dans la 2^{ème} circonscription de Paris, un juge d'instruction avait saisi le Conseil constitutionnel le 20 octobre 1998 d'une demande de communication portant, d'une part, sur le rapport présenté devant la section d'instruction par le rapporteur adjoint dans le cadre de l'examen d'une requête électorale, d'autre part, sur les pièces et mémoires figurant dans les requêtes.

Par une décision n° 97-2113 AN du 10 novembre 1998, le Conseil constitutionnel a jugé : « *Considérant qu'il résulte du caractère contradictoire de la procédure suivie devant le juge électoral que l'ensemble des mémoires déposés par les parties et les pièces versées au dossier dans le cadre de la contestation de l'élection d'un député sont communiqués aux parties ; que par suite rien ne fait obstacle à ce qu'ils soient également communiqués au juge chargé d'une instruction pénale pour les besoins de son information ; qu'en revanche le rapport présenté devant la section d'instruction du Conseil constitutionnel est couvert par le secret qui s'attache aux délibérations du Conseil constitutionnel ; qu'il ne peut être regardé comme une pièce détachable de ces délibérations ; qu'il ne peut par suite en être donné communication* »¹⁴.

Afin de renforcer la portée de cette décision, le Conseil a indiqué ensuite « *qu'en application de l'article 62 de la Constitution la présente décision rendue par le Conseil constitutionnel s'impose aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles* ».

La Cour européenne des droits de l'homme a indirectement abordé la question des documents couverts par le secret du délibéré, indiquant dans les décisions *Marc Antoine c/ France* (4 juin 2013, req 54984/09), *Reinhardt et Slimane-Kaïd c/ France* (31 mars 1998, req 22921/93 et 39594/98) et *Menet c/ France* (14 juin 2005, req 39552/02) que le projet de décision du rapporteur au Conseil d'État et la seconde partie du rapport du rapporteur à la Cour de cassation sont couverts par le secret, pour le premier, par le secret du délibéré, pour le second.

B. – La jurisprudence constitutionnelle applicable

1. – Le principe d'indépendance des juges ou des juridictions

Dès 1970, lors de l'examen d'une loi organique relative au statut des magistrats, le Conseil constitutionnel a proclamé le principe de l'indépendance des juges et estime qu'il résulte des dispositions de l'article 64 de la Constitution¹⁵. Par la

¹⁴ Décision n° 97-2113 AN du 10 novembre 1998 relative à la demande de communication de pièces présentée par Madame PERDRIX, juge d'instruction.

¹⁵ Décision n° 70-40 du 19 juillet 1970, *Loi organique relative au statut des magistrats*, cons. 4

suite, avec la décision n° 2003-466 DC du 20 février 2003, ce principe a été également rattaché à l'article 16 de la Déclaration de 1789¹⁶. Le commentaire de cette décision indiquait que « *L'intérêt de cette référence tient à ce que l'article 16 DDHC porte, en droit interne, les exigences du " procès équitable " énoncées, en droit européen, par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Plus généralement, la référence à l'article 16 DDHC permet d'ancrer dans le droit positif constitutionnel beaucoup des composantes de la notion de " sécurité juridique " ».*

En ce qui concerne les magistrats administratifs, c'est sur le fondement d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République au sein de la loi du 24 mai 1875 relative au Conseil d'État que le Conseil constitutionnel a reconnu leur indépendance.

Enfin, l'existence de garanties légales d'indépendance et d'impartialité des membres d'une juridiction constituant une exigence applicable à toutes les juridictions, le Conseil constitutionnel fait relever le principe d'indépendance des juges non professionnels de l'article 16 de la Déclaration de 1789.

Le Conseil constitutionnel juge que ce principe d'indépendance est « *indissociable de l'exercice de fonctions judiciaires* »¹⁷ ou « *juridictionnelles* »¹⁸. Le principe d'indépendance des juridictions vise à garantir la possibilité de prendre des décisions à l'abri de toute instruction ou pression.

Le Conseil constitutionnel a eu l'occasion d'appliquer à de nombreuses reprises ce principe lors du contrôle des dispositions statutaires relatives aux magistrats : lors du contrôle de dispositions applicables au recrutement des magistrats et au déroulement de leur carrière – le Conseil jugeant à cet égard que les règles de recrutement des magistrats doivent contribuer à assurer le respect tant du principe d'égalité devant la justice que de l'indépendance dans l'exercice de leurs fonctions¹⁹ –, lors de l'examen dispositions applicables aux juges des

¹⁶ Décision n° 2003-466 DC du 20 février 2003, *Loi organique relative aux juges de proximité*, cons. 23.

¹⁷ Décision n° 92-305 DC du 21 février 1992, *Loi organique modifiant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature*, cons. 64.

¹⁸ Décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, cons. 15.

¹⁹ Décision n° 2001-445 DC du 19 juin 2001, *Loi organique relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature* cons. 39 à 45.

tribunaux de commerce ²⁰, aux fonctions d'assesseurs au tribunal pour enfants²¹ ...

Par ailleurs, le Conseil constitutionnel contrôle au regard de ce principe la composition des juridictions de jugement. Il s'est notamment interrogé à ce titre sur la constitutionnalité de la présence de fonctionnaires au sein de certaines juridictions²². Par ailleurs, si une juridiction prononçant des mesures privatives de liberté peut comporter des juges non professionnels, des garanties doivent être apportées afin de permettre de satisfaire au principe d'indépendance²³.

2. – L'incompétence négative

Le Conseil constitutionnel considère « *que la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence ne peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité que dans le cas où cette méconnaissance affecte par elle-même un droit ou une liberté que la Constitution garantit* »²⁴.

Pour être invocables en QPC, les griefs d'incompétence négative invoqués doivent donc être de nature à entraîner une méconnaissance d'un droit ou liberté garanti par la Constitution.

En matière de procédure pénale, et plus spécifiquement en ce qui concerne des dispositions relatives à la phase d'enquête ou d'information judiciaire, le Conseil constitutionnel a prononcé peu de censures pour incompétence négative. Dans une décision n° 2011-223 QPC du 17 février 2012, il a censuré de dispositions du CPP permettant que la liberté de choisir son avocat soit suspendue pendant la durée d'une garde à vue mise en œuvre pour des crimes et délits constituant des actes de terrorisme dès lors que le législateur n'avait pas encadré le pouvoir donné au juge de priver la personne gardée à vue du libre choix de son avocat²⁵. En revanche, le fait de pouvoir soumettre à des opérations de prélèvement externe dans le cadre d'une enquête les « *personnes susceptibles de fournir des renseignements sur les faits en cause* » est formulé en termes assez clairs et précis pour satisfaire aux prescriptions de l'article 34 de la

²⁰ Décision n° 2012-241 QPC, *EURL David Ramirez (Mandat et discipline des juges consulaires)* du 4 mai 2012, cons. 22 à 27.

²¹ Décision n° 2011-147 QPC du 8 juillet 2011, *M. Tarek J. (Composition du tribunal pour enfants)*, cons. 4, 5 et 7.

²² Par exemple décisions n°s 2010-10 QPC du 2 juillet 2010, *Consorts C. et autres (Tribunaux maritimes commerciaux)* du 2 juillet 2010 ; 2010-110 QPC du 25 mars 2011, *M. Jean-Pierre B. (Composition de la commission départementale d'aide sociale)*.

²³ Décision n° 2004-510 DC du 20 janvier 2005, cons. 16 et 17.

²⁴ Décision n° 2012-254 du 18 juin 2012, *Fédération de l'énergie et des mines - Force ouvrière FNEM FO (Régimes spéciaux de sécurité sociale)*.

²⁵ Décision n° 2011-223 du 17 février 2012, *Ordre des avocats au Barreau de Bastia (Garde à vue en matière de terrorisme : désignation de l'avocat)*.

Constitution (décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003²⁶).

Par ailleurs, le Conseil constitutionnel n'accepte l'opérance d'un grief tiré de l'incompétence négative que dans la mesure où ce grief est dirigé contre des dispositions législatives postérieures à la Constitution du 4 octobre 1958 : « *que, si la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité dans le cas où est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit, elle ne saurait l'être à l'encontre d'une disposition législative antérieure à la Constitution du 4 octobre 1958* »²⁷.

C. – L'application à l'espèce

1. – L'opérance du grief à l'encontre des dispositions contestées

Afin de pouvoir juger du bien-fondé du grief soulevé par le requérant, il appartenait tout d'abord au Conseil constitutionnel de trancher la question de l'opérance de celui-ci à l'encontre de dispositions législatives pour partie antérieures à 1958.

a. – Le troisième alinéa de l'article 56 et les dispositions contestées de l'article 57 du CPP

Les dispositions du troisième alinéa de l'article 56 du CPP résultent de la loi du 31 décembre 1957 et n'ont fait l'objet d'aucune modification depuis lors.

Par ailleurs, les dispositions contestées de l'article 57 du CPP (soit les mots « *Sous réserve de ce qui est dit à l'article 56 concernant le respect du secret professionnel et des droits de la défense* »), issues de la même loi, ont pour leur part fait l'objet d'une première modification, par l'ordonnance n° 60-529 du 4 juin 1960 (laquelle a ajouté la mention des droits de la défense), puis d'une seconde modification, par la loi n° 2009-928 du 29 juillet 2009, qui a substitué à la référence à l'article précédent celle à l'article « 56 ».

Le grief tiré de l'incompétence négative était donc nécessairement opérant à l'encontre des dispositions contestées de l'article 57 du CPP.

Toutefois, le contrôle des dispositions contestées de l'article 57 aurait été dénué de toute portée s'il ne s'était pas accompagné de celui de l'article 56.

²⁶ Décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*, cons. 54.

²⁷ Voir les décisions nos 2010-28 QPC du 17 septembre 2010, *Association Sportive Football Club de Metz (Taxe sur les salaires)* et 2010-73 QPC du 3 décembre 2010, *Société ZETurf Limited (Paris sur les courses hippiques)*.

Dans la décision commentée, le Conseil constitutionnel a donc estimé que « *les dispositions contestées de l'article 57 du même code qui ont été modifiées, postérieurement à l'entrée en vigueur de la Constitution du 4 octobre 1958, par la loi du 29 juillet 2009, sont inséparables de celles du troisième alinéa de l'article 56 ; que, par suite, le grief tiré de ce que le législateur aurait méconnu sa propre compétence peut être invoqué à l'encontre des dispositions contestées des articles 56 et 57 du code de procédure pénale* » (cons. 11).

Le Conseil constitutionnel a l'habitude, lorsqu'il est saisi d'un article, d'apprécier celui-ci de manière globale pour déterminer quelle est la « version » de cet article dont il est saisi. De la même manière, lorsque les dispositions dont il est saisi forment un tout, le Conseil constitutionnel prend donc en compte la dernière modification intervenue. C'est cette logique qui a été appliquée, en l'espèce, à des dispositions jugées inséparables.

b. – Le troisième alinéa de l'article 96 du CPP

Le troisième alinéa de l'article 96 du CPP est issu de la loi du 31 décembre 1957 et n'a pas été modifié postérieurement. Contrairement au troisième alinéa de l'article 56, cette disposition ne pouvait être regardée comme formant un tout avec l'article 57. Le Conseil constitutionnel a donc jugé le grief tiré de l'incompétence négative inopérant à l'encontre de cette disposition, antérieure à la Constitution du 4 octobre 1958. Cette disposition n'étant contraire à aucun droit ou liberté que la Constitution garantit, le Conseil l'a déclarée conforme à la Constitution (cons. 16).

2. – Le secret du délibéré et le principe d'indépendance des juridictions

La question de savoir si le secret du délibéré est une composante du principe constitutionnel d'indépendance des juges n'avait jamais été abordée par le Conseil constitutionnel.

La décision n° 97-2113 AN précitée qui juge qu'une pièce couverte par le secret de l'instruction ne pouvait être communiquée, ne pouvait, en particulier, être regardée comme engageant la jurisprudence. Le Conseil constitutionnel s'était borné à se fonder sur les dispositions de l'article 3 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel selon lesquelles les membres nommés du Conseil constitutionnel jurent « *de garder le secret des délibérations et des votes* ».

Plusieurs arguments militaient dans le sens d'un rattachement du secret du délibéré au principe d'indépendance des juridictions.

D'une part, le fondement même du secret du délibéré est bien l'indépendance qui doit être reconnue aux juges. On l'a dit, la doctrine s'accorde largement pour voir dans le secret du délibéré un principe fondamental du procès en droit français qu'elle rattache à l'indépendance des juges. Les jurisprudences des deux cours suprêmes sont dans le même sens. Le secret protège les juges d'interventions, empêche de vérifier qui a voté dans tel sens, qui s'est prononcé pour ou contre la condamnation de personnes qui peuvent être dangereuses. Il autorise chaque juge à conserver une liberté de parole totale.

D'autre part, dénier toute valeur constitutionnelle au principe du secret du délibéré reviendrait à largement renoncer à un contrôle sur les aménagements qui peuvent y être apportés.

Dans la décision commentée, le Conseil constitutionnel a jugé, après avoir cité l'article 16 de la Déclaration de 1789 « *qu'est garanti par cette disposition le principe d'indépendance, qui est indissociable de l'exercice de fonctions juridictionnelles et dont découle le principe du secret du délibéré* » (cons. 13).

Une telle solution n'a pas pour objet de prédéterminer ce qu'il conviendrait d'entendre par « *délibéré* ». Ce terme peut désigner des opérations distinctes, des éléments de préparation variables, des organisations différentes selon les juridictions ou selon les matières. Une telle solution n'a pas non plus pour objet d'interdire au législateur de procéder, le cas échéant, à la conciliation entre ce principe et un motif d'intérêt général, ou un autre principe de valeur constitutionnelle, pour déterminer les aménagements éventuels qui pourraient être apportés au secret et qui, au demeurant, existent déjà en droit français

3. – La définition des atteintes pouvant être portées au secret du délibéré à l'occasion d'une saisie

Le Conseil ayant depuis longtemps admis que le principe d'indépendance des juges constitue un droit ou liberté invocable en QPC²⁸, il lui appartenait ensuite de déterminer si les garanties légales entourant la perquisition et la saisie sont ou non suffisantes pour assurer la protection du secret du délibéré et, par là, le principe d'indépendance des juridictions.

Dans ses observations, le Premier ministre soutenait que la loi n'est pas entachée d'incompétence négative, aucune disposition spécifique n'étant nécessaire dès

²⁸ Décision n° 2010-10 QPC précitée ; décision n° 2012-278 QPC du 5 octobre 2012, *Mme Élisabeth B. (Condition de bonne moralité pour devenir magistrat)*.

lors que les documents couverts par le secret du délibéré sont, par principe, insaisissables. Cette situation se distinguerait des documents couverts par le secret professionnel des avocats, qui sont insaisissables uniquement lorsqu'ils touchent aux droits de la défense, ce qui justifierait l'existence de dispositions spécifiques dans le code de procédure pénale. Il existerait une seule exception à l'insaisissabilité des documents couverts par le secret du délibéré, lorsque la saisie tend à établir une atteinte à l'indépendance du juge, car c'est alors la finalité même du délibéré qui est compromise.

Dans ses écritures devant le Conseil constitutionnel, le requérant proposait à titre principal au Conseil constitutionnel d'admettre la constitutionnalité des textes contestés sous le bénéfice d'une réserve d'interprétation : ces textes ne peuvent en aucune hypothèse permettre de saisir d'une pièce couverte par le secret du délibéré.

Il existait une divergence entre le requérant et le Premier ministre quant à la portée qu'il convient d'accorder à la protection du secret du délibéré : absolue dans un cas, réservée aux cas dans lesquels il ne s'agit pas d'établir une atteinte au principe d'indépendance du juge dans l'autre cas. Mais, dans les deux cas, ces interprétations ne ressortaient aucunement des dispositions légales en vigueur et imposaient en réalité au Conseil constitutionnel d'écrire la loi.

Le Conseil constitutionnel a considéré en conséquence qu'aucune de ces positions ne pouvait être suivie. Après avoir relevé *« qu'en vertu du premier alinéa de l'article 56 du code de procédure pénale, lors d'une enquête de flagrance, l'officier de police judiciaire peut saisir tout papier, document, donnée informatique ou autre objet en la possession des personnes qui paraissent avoir participé à l'infraction ou détenir des pièces, informations ou objets relatifs aux faits »* et que *« s'il est loisible au législateur de permettre la saisie d'éléments couverts par le secret du délibéré, il lui appartient de prévoir les conditions et modalités selon lesquelles une telle atteinte au principe d'indépendance peut être mise en œuvre afin que celle-ci demeure proportionnée »*, il en a conclu que *« les dispositions contestées se bornent à imposer à l'officier de police judiciaire de provoquer préalablement à une saisie "toutes mesures utiles pour que soit assuré le respect du secret professionnel et des droits de la défense" ; que ni ces dispositions ni aucune autre disposition n'indiquent à quelles conditions un élément couvert par le secret du délibéré peut être saisi ; qu'ainsi, en adoptant les dispositions contestées, le législateur a méconnu l'étendue de sa compétence dans des conditions qui affectent par elles-mêmes le principe d'indépendance des juridictions »* (cons. 15).

Le Conseil constitutionnel a donc déclaré contraires à la Constitution le troisième alinéa de l'article 56 du CPP et les mots *« Sous réserve de ce qui est*

dit à l'article 56 concernant le respect du secret professionnel et des droits de la défense » figurant à l'article 57 du même code (cons. 15).

Il appartient désormais au législateur de déterminer les éléments devant être couverts par le secret du délibéré et la nature de la protection dont il doit bénéficier au stade de l'enquête pénale.

4. – Les effets dans le temps de la décision d'inconstitutionnalité

Comme il l'avait fait pour sa précédente censure en ce qui concerne des dispositions de procédure pénale relatives à l'enquête²⁹, le Conseil constitutionnel a reporté les effets de sa déclaration d'inconstitutionnalité. Il a fixé au 1^{er} octobre 2016 la date de cette censure à effet différé.

Il a également jugé que les mesures prises avant la publication de la décision commentée en application des dispositions déclarées contraires à la Constitution ne peuvent être contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité (cons. 20) et donné en revanche une portée utile à sa décision en édictant une réserve transitoire ainsi rédigée : « *les dispositions du troisième alinéa de l'article 56 du code de procédure pénale ne sauraient être interprétées comme permettant, à compter de cette publication, la saisie d'éléments couverts par le secret du délibéré* » (cons. 19).

²⁹ Décision n° 2014-420/421 QPC du 9 octobre 2014, *M. Maurice L. et autre (Prolongation exceptionnelle de la garde à vue pour des faits d'escroquerie en bande organisée)*.