

Monsieur le Président,
Mesdames et Messieurs les Conseillers,

Les Sénateurs soussignés ont l'honneur de soumettre à votre examen, conformément au deuxième alinéa de l'article 61 de la Constitution, la loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice et plus particulièrement ses articles 3, 7, 26, 33, 48, 53, 54, 56, 69, 74 et 93.

- **Sur l'article 3 développant le recours aux modes alternatifs de règlement des différends**

L'article 3 de la loi déferée réécrit l'article 4 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, afin d'étendre la portée de l'obligation de suivre une procédure de règlement alternatif des différends préalablement à la saisine d'un tribunal de grande instance. Cette obligation s'appliquerait désormais aux demandes tendant au paiement d'une somme d'argent d'un certain montant ainsi qu'à celles relatives à un conflit de voisinage.

Cette obligation existe d'ores et déjà pour les litiges relevant de la compétence du tribunal d'instance, mais assortie d'exceptions, notamment lorsque les parties rapportent la preuve de la réalisation de diligences en vue de la résolution amiable.

Cette exception n'étant pas reprise pour les litiges qui relèveront, selon la loi déferée, du TGI, les parties qui auront préalablement essayé de trouver une solution amiable mais qui n'auraient pas respecté la forme prescrite seront dans l'obligation de réaliser de nouvelles démarches amiables avant de pouvoir saisir le juge.

Comme l'ont précisé les rapporteurs François-Noël BUFFET et Yves DETRAIGNE dès la première lecture de la loi « *cette nouvelle énumération ne permettrait plus de considérer que les parties qui ont procédé sans succès à une tentative de règlement amiable d'un différend dans le cadre de la mise en œuvre de leur assurance de protection juridique ont satisfait à l'obligation posée par l'article 4 de la loi du 18 novembre 2016 et peuvent saisir le juge, car ces tentatives ne relèveraient ni du domaine de la conciliation, ni du domaine de la médiation, ni du domaine de la procédure participative* ».

Les Sénateurs requérants considèrent que cette nouvelle prescription contrevient au principe de libre accès au juge rappelé par votre Conseil (Décision n°96-373 DC du 9 avril 1996, cons. 85) puisqu'un obstacle procédural est dressé par la loi entre les justiciables concernés et l'exercice de leur droit d'agir en justice.

La loi déferée prévoit certes la possibilité de déroger à l'obligation de règlement alternatif lorsque qu'aucun conciliateur de justice n'est disponible dans un délai raisonnable, mais cette exception, aveux du caractère prématuré de l'extension de cette obligation au regard du nombre de conciliateurs en fonction, sera laissée à la libre appréciation du juge, lequel manierait donc seul le curseur de la proportionnalité de l'atteinte au droit à un recours effectif.

En conséquence, les Sénateurs requérants demandent la censure du II de l'article 3 de la loi déferée au motif qu'il **porte atteinte au droit au recours effectif et à l'accès à la justice.**

- **Sur l'article 7 créant une expérimentation de la révision des pensions alimentaires par les organismes débiteurs des prestations familiales**

L'article 7 de la loi déferée met en place une expérimentation, d'une durée de trois ans, au cours de laquelle, dans certains départements, les organismes débiteurs des prestations familiales pourraient délivrer des titres exécutoires portant sur la modification du montant des contributions à l'entretien et à l'éducation des enfants, en fonction d'un barème national.

Le directeur de la CAF va ainsi devenir un organe juridictionnel dans les procédures de révision de pensions alimentaires, sans effet suspensif automatique à ses décisions en cas de contestation devant le juge. Pourtant la CAF n'est pas une autorité indépendante, puisqu'elle recouvre d'ores et déjà les créances alimentaires.

Or les principes d'indépendance et d'impartialité qui résultent de l'article 16 de la Déclaration de 1789 visent à garantir la possibilité de prendre des décisions à l'abri de toute instruction ou pression, ce qui en l'espèce n'est pas le cas.

Selon les Sénateurs requérants, la CAF n'a pas vocation à trancher la révision d'une pension alimentaire, sauf si les parties en sont d'accord, au risque de rompre l'égalité entre les justiciables, garantie par le juge judiciaire.

Les CAF ne disposant pas d'autres informations que celles relatives aux ressources des parents, elles appliqueront de manière mécanique le barème national, sans être en capacité de prendre en considération les situations particulières, comme le fait actuellement le juge, a fortiori lorsque l'un des parents n'a pas fourni les renseignements et documents demandés, sans possibilité de prise en compte de la situation particulière des parties et de l'intérêt supérieur de l'enfant, comme le fait actuellement le juge.

Comme les rapporteurs du texte au Sénat, François-Noël BUFFET et Yves DETRAIGNE, l'ont dénoncé, la loi déferée est « *une addition décevante de mesures éparses pour la justice civile, surtout marquées par la recherche d'économies* » remettant en cause, selon les Sénateurs requérants, le droit d'accès au juge, principe fondamental reconnu par les lois de la République.

C'est pourquoi les Sénateurs requérants demandent la censure de l'article 7 qui **entrave le principe d'indépendance et d'impartialité et crée une rupture d'égalité entre les justiciables.**

- **Sur l'article 26 prévoyant une procédure sans audience devant le tribunal de grande instance et procédure dématérialisée de règlement de petits litiges**

L'article 26 de la loi déferée prévoit que devant le TGI la procédure peut se dérouler sans audience, à l'initiative des parties, lorsqu'elles en sont expressément d'accord. Toutefois, le tribunal peut décider de tenir une audience s'il estime qu'il n'est pas possible de rendre une décision au regard des preuves écrites ou si l'une des parties en fait la demande.

En donnant ainsi au tribunal le pouvoir d'apprécier qu'une audience doit ou non se tenir, le législateur laisse à une autorité juridictionnelle une large marge d'appréciation. En agissant ainsi, le législateur n'a pas exercé pleinement sa compétence que lui confie l'article 34 de la

Constitution en matière de procédure pénale, comme l'a rappelé votre Conseil dans la décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006.

De plus, en donnant au juge le pouvoir de décider, sans avoir à justifier sa décision, de refuser de tenir une audience, la loi remet en cause le droit à l'accès au juge et à un recours effectif, que votre Conseil confirme régulièrement (QPC n°2014-387 du 4 avril 2014).

De plus, la loi déferée privera les parties d'une audience publique alors que comme l'ont rappelé les rapporteurs de la loi au Sénat, François-Noel BUFFET et Yves DETRAIGNE, « *le principe de publicité des débats constitue un principe central du procès civil* ». Le Conseil d'État a d'ailleurs estimé dans une décision de 1974 (*Conseil d'État, assemblée, 4 octobre 1974, Dame David, n° 88930*) que la publicité des débats judiciaires constituait un principe général du droit et qu'il n'appartenait qu'au législateur d'y apporter des restrictions.

Les Sénateurs requérants demandent la censure de l'article 26 qui **remet en cause le droit à l'accès au juge et à un recours effectif, et contrevient à l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme** qui consacre le principe des audiences en matière civile et pénale.

- **Sur l'article 33 renforçant la protection de la vie privée dans le cadre de la mise à disposition du public des décisions de justice, de la délivrance de copie des décisions de justice et de la publicité des débats**

L'article 33 de la loi déferée ajuste diverses règles relatives à la publicité des décisions de justice prévue par la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique qui impose de mettre à disposition du public, à titre gratuit, des décisions des juridictions judiciaires comme administratives, afin de permettre leur libre réutilisation, dans le respect de la vie privée des personnes concernées, comme l'avait défini le rapporteur au Sénat, Christophe-André FRASSA.

Ainsi, comme le rapport n° 11 (2018-2019) du Sénat l'expose « *au lieu de l'obligation préalable d'une analyse du risque de ré-identification des personnes, le projet de loi prévoit que les éléments permettant d'identifier les personnes physiques mentionnées dans la décision sont occultés si leur divulgation est de nature à porter atteinte à la sécurité ou au respect de la vie privée de ces personnes ou de leur entourage* ».

Selon les Sénateurs requérants, sous couvert de clarification, la loi déferée conduit à abaisser le niveau d'exigence en matière de protection de la vie privée, car l'anonymisation ou la pseudonymisation des décisions ne serait plus la règle et ne permettrait donc plus un respect total du principe du droit à la vie privée.

De plus, dans un souci de clarification du principe de publicité des décisions de justice, la loi déferée précise le droit pour les tiers de se faire délivrer copie de toute décision par le greffe de la juridiction, pour les juridictions judiciaires et administratives. Deux tempéraments sont apportés à ce principe : d'une part, en cas de demandes abusives, résultant notamment de leur nombre ou de leur caractère répétitif ou systématique, le greffe pourrait les refuser et, d'autre part, les éléments qui permettraient d'identifier les parties et les tiers mentionnés dans la décision devraient être occultés si leur divulgation était de nature à porter atteinte à la sécurité ou au respect de la vie privée de ces personnes ou de leur entourage.

Les Sénateurs requérants considèrent que le second tempérament constituerait une entorse très importante au principe de publicité des décisions de justice consacré par l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme. En dépit du décret en Conseil d'État prévu pour en préciser les modalités, la décision d'occulter dépendrait en pratique de l'appréciation par chaque fonctionnaire de greffe de l'atteinte ou non à la sécurité ou à la vie privée des personnes qui pourrait résulter de la délivrance de la copie de la décision. Il s'agirait donc d'une appréciation subjective, en fonction de la personne qui demanderait cette copie remettant en cause l'accès au droit, pierre angulaire du droit à un procès équitable.

Les requérants demandent la censure de l'article 33 **qui porte atteinte à la protection de la vie privée et au droit à un procès équitable.**

- **Sur l'article 48 modifiant le régime de prolongation de la garde à vue**

Le 2° de l'article 78 de la loi déferée modifie substantiellement le régime de la garde à vue en supprimant l'obligation de présentation de la personne au procureur.

Actuellement, l'article 63 du code de procédure pénale subordonne la prolongation de la garde à vue à la présentation de la personne au Procureur de la République ; cette présentation peut se dérouler, éventuellement, par le biais d'un moyen de télécommunication audiovisuelle (visioconférence). C'est donc seulement « à titre exceptionnel », sans que cette faculté soit toutefois encadrée par le code de procédure pénale, que la prolongation peut être accordée, par une décision écrite et motivée, sans présentation préalable.

La loi déferée fait donc de l'exception la règle : le procureur pourra subordonner son autorisation de prolonger la garde à vue à la présentation de la personne devant lui. La présentation deviendrait facultative et n'interviendrait que si le procureur la juge utile.

L'étude d'impact annexée au projet de loi indique que cette mesure garantit « *un allègement réel du formalisme de la garde à vue, tout en maintenant un contrôle effectif et in concreto du parquet* ».

Les Sénateurs requérants considèrent que la présentation au magistrat est pourtant une modalité importante de contrôle de la garde à vue par l'autorité judiciaire, au sens de l'article 66 de la Constitution et une garantie du respect de la liberté individuelle. Elle est notamment l'occasion pour la personne gardée à vue de signaler à l'autorité judiciaire des difficultés, doléances ou incidents, et pour le magistrat de contrôler concrètement les conditions d'exercice de la mesure. En l'absence d'un tel contact direct avec la personne gardée à vue, la prolongation de garde à vue s'opère sur la seule foi des éléments communiqués par les services enquêteurs.

Par ailleurs, le II de l'article 48 de la loi déferée revient sur une disposition introduite à l'article 63-4-3-1 du code de procédure pénale par la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale, qui prévoit que si la personne gardée à vue est transportée sur un autre lieu, son avocat en est informé sans délai.

Cette mesure permet de garantir les droits de la défense, il arrive en effet que le transport du mis en cause conduise à découvrir, en sa présence, des éléments qui l'incriminent (l'instrument

du crime, un cadavre, une cachette de complices...). Il est donc important que le transport ait lieu avec l'assistance de l'avocat, ou tout au moins que celui-ci soit prévenu de la mesure.

Les Sénateurs requérants relèvent pourtant que dans son avis du 12 avril 2018, le Conseil d'Etat a estimé que « *lorsqu'une personne gardée à vue est transportée sur un lieu sans que son avocat en soit informé, le respect des droits de la défense fait obstacle à ce que ce transport soit l'occasion d'interroger cette personne et à ce que les officiers ou agents de police judiciaire consignent ses déclarations sur les faits pour lesquels elle est mise en cause* ».

Or, rien dans la loi déferée n'interdit les officiers ou agents de police judiciaire de procéder à l'interrogatoire de la personne transportée et de consigner les déclarations qu'il pourra faire sur les faits sur lesquels elle est mise en cause.

Les Sénateurs demandent la censure des deux dispositions précitées de l'article 48, **contrevenant à l'article 66 de la Constitution et attentatoires aux droits de la défense et au respect du droit à la vie privée.**

- **Sur l'article 53 permettant la continuité des actes d'enquête lors de la saisine du juge d'instruction**

L'article 53 de la loi déferée généralise la possibilité de poursuivre les interceptions et techniques spéciales d'enquête en cours postérieurement à l'ouverture d'une information judiciaire.

En principe, le recours aux techniques d'enquête exécutées dans le cadre d'une enquête de flagrance ou d'une enquête préliminaire, sous le contrôle du procureur de la République, doit cesser à la clôture de l'enquête avant, éventuellement, d'être à nouveau autorisé par le juge d'instruction. Le passage du cadre des enquêtes à l'information judiciaire entraîne donc des ruptures dans le recours aux techniques d'enquête.

Aussi, afin d'améliorer la transition entre les enquêtes concernant les infractions terroristes, placées sous l'autorité du parquet, et l'information judiciaire placée sous l'autorité des magistrats instructeurs, la procédure de l'article 706-24-2 du code de procédure pénale, créée à l'initiative du Sénat par la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 *renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale*, permet aux actes d'investigation autorisés pendant la phase de l'enquête de rester valides pendant une courte durée de 48 heures à compter de la délivrance du réquisitoire introductif, avant d'être le cas échéant, reconduits par le juge d'instruction. Ce « sas » exceptionnel ne s'applique qu'aux enquêtes concernant des infractions terroristes.

La loi déferée généralise la procédure de ce « sas », permettant la continuité des actes d'investigation entre l'enquête et l'information judiciaire, à l'ensemble des délits et des crimes de droit commun. De plus, la validité de ce sas est prolongée : jusqu'à sept jours à compter du réquisitoire introductif et jusqu'à 48 heures après le terme légal autorisé de l'enquête, excédant ainsi les 16 jours de l'enquête de flagrance. Enfin, les investigations concernées sont élargies aux réquisitions.

Selon les Sénateurs requérants, comme l'avait pointé les rapporteurs du texte au Sénat, François-Noël BUFFET et Yves DETRAIGNE, il n'est pas envisageable, au regard des exigences de l'article 66 de la Constitution, de permettre au procureur de la République de

prolonger de sa seule initiative, sans intervention d'un juge du siège, des mesures particulièrement attentatoires aux libertés individuelles.

Les sénateurs requérants demandent la censure des dispositions du I et du V de l'article 53 **contrevenant à l'article 66 de la Constitution.**

- **Sur l'article 54 imposant la visioconférence en matière de prolongation de la détention provisoire**

Le V de l'article 54 de la loi déferée élargit les cas de recours à la visioconférence au cours de l'instruction, encadrée par l'article 706-71 du code de procédure pénale.

La loi déferée supprime la possibilité pour une personne, lors de l'audience au cours de laquelle il doit être statué sur son placement en détention provisoire ou la prolongation de la détention provisoire, de s'opposer à la visioconférence et d'obtenir d'être entendue physiquement par le juge d'instruction.

La visioconférence constitue par nature une atteinte au droit à un procès équitable et aux droits de la défense, en ce qu'elle altère l'intelligibilité des échanges et en ce qu'elle impose à l'avocat de choisir entre une présence aux côtés de son client et un échange de qualité avec le juge. Elle ne peut par conséquent être admise que si elle est acceptée de manière éclairée par la personne concernée, ou si elle est justifiée par des motifs impérieux.

Si votre Conseil, après avoir un temps subordonné la visioconférence au consentement de la personne (décision n° 2003-484 DC du 2 novembre 2003), a admis que le recours à la visioconférence contrainte pouvait, sous certaines conditions, être justifié en matière de contentieux des étrangers, au motif d'une bonne administration de la justice et du bon usage des deniers publics (décision n° 2018-770 du 6 septembre 2018), il ne s'est jamais prononcé sur la constitutionnalité du recours à la visioconférence en matière pénale, notamment au regard des enjeux d'une prolongation de détention provisoire en matière de libertés individuelles.

Les Sénateurs requérants considèrent que la privation envisagée du droit à être présent physiquement devant son juge lors du débat sur sa propre détention provisoire constitue une atteinte excessive et injustifiée aux exigences du droit à un procès équitable. Si ce recours à la visioconférence est contestable pour les majeurs, il l'est encore plus pour les mineurs pour qui l'utilisation de cette technique est inappropriée tant à raison de l'âge qu'à raison de la spécialisation de cette justice.

Les Sénateurs requérants demandent la censure du V de l'article 54, **contraire à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen** fondant le droit à un procès équitable.

- **Sur l'article 56 relatif à la clôture de l'instruction**

L'article 56 de la loi déferée permet au juge d'instruction de rendre son ordonnance de règlement dans un délai plus court qu'actuellement.

Ainsi, la loi déferée limite le bénéfice des droits conférés par l'article 175 du Code de procédure pénale dans le cadre du règlement de la procédure aux seules parties qui en auraient fait la

demande expresse dans les 15 jours à compter de l'envoi de l'avis de fin d'information ou de chaque interrogatoire ou audition réalisé au cours de l'information.

Selon les Sénateurs requérants, cette disposition prive du bénéfice des voies de droit essentielles aux parties qui, par des circonstances diverses (délais imputables aux services postaux, jours fériés, congés annuels, changement d'avocat...) n'auraient pas pu se manifester dans les délais très courts imposés. Il s'agit selon les requérants d'un obstacle constituant une atteinte excessive aux droits de la défense et au droit à un procès équitable, puisque le procureur de la République n'est pas soumis à de telles restrictions et pourra bénéficier de plein droit des délais offerts par l'article 175 du code de procédure pénale.

Pourtant votre Conseil a précisé, depuis la décision n° 2004-510 DC du 20 janvier 2005, la notion de procès équitable, devant répondre à l'exigence de « *l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties* ».

En accélérant les procédures et ne permettant pas aux parties et à leurs avocats, quand elles sont représentées, d'exercer leur droit de manière effective du fait des délais contraints, la loi déferée porte atteinte à l'équilibre des droits des parties.

Les Sénateurs requérants demandent la censure des I et II de l'article 56, **contraires aux principes énoncés par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.**

- **Sur l'article 69 créant un parquet national antiterroriste**

L'article 69 de la loi déferée crée un parquet national antiterroriste.

Ces dispositions sont de nature à induire, selon les Sénateurs requérants, une perte d'efficacité et de réactivité en l'absence de pouvoir hiérarchique du procureur national antiterroriste sur les magistrats dépendant d'autres parquets, ainsi qu'une perte de vision d'ensemble des parcours de délinquance conduisant au terrorisme et une rigidité dans l'affectation des conduites des enquêtes entre les délits de droit commun, la criminalité organisée et le terrorisme.

Les Sénateurs s'inquiètent en effet de la disjonction ainsi effectuée entre les affaires de terrorisme, qui seront désormais affectées à un parquet spécialisé, et les affaires de crime organisé, conservé dans le giron du Parquet de Paris, alors que la plupart des affaires démontrent le lien étroit entre ces deux types de contentieux.

Comme le faisait observer le Conseil d'Etat dans son avis sur le projet de loi, « *La création d'un parquet national antiterroriste n'est pas sans présenter, d'une part, un risque d'isolement des magistrats affectés à ce parquet, avec l'inconvénient de perdre la perception des liens entre la petite délinquance et le terrorisme, en particulier dans les parcours de radicalisation, et, d'autre part, une rigidité inutile pour adapter les effectifs de magistrats affectés à la lutte antiterroriste aux évolutions de la criminalité en la matière.* »

Pour toutes ces raisons, les Sénateurs requérants demandent la censure des dispositions de l'article 69 au motif qu'elles **méconnaissent, par leur imprécision, l'exigence de bonne administration de la justice** constituant un objectif de valeur constitutionnelle qui résulte des articles 12, 15 et 16 de la Déclaration de 1789.

- **Sur l'article 74 interdisant les peines d'emprisonnement d'une durée inférieure à un mois**

L'article 74 de la loi déferée a pour objet d'interdire les courtes peines d'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à un mois.

Les Sénateurs requérants relèvent que cette interdiction, qui ne souffre d'aucune exception, est contraire au principe d'individualisation des peines, qui découle de l'article 8 de la Déclaration de 1789.

En vertu de ce principe, aucune interdiction législative ne peut empêcher l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, de prononcer une peine d'une durée inférieure à celle exigée par la loi.

Les Sénateurs requérants demandent la censure de l'article 74 **contraire au principe d'individualisation des peines.**

- **Sur l'article 93 habilitant le Gouvernement à légiférer par ordonnance pour modifier l'ordonnance de 1945 relative à l'enfance délinquante**

L'article 93 de la loi déferée, issu d'un amendement du Gouvernement adopté à l'Assemblée nationale habilite le Gouvernement, sur le fondement de l'article 38 de la Constitution, à prendre par ordonnance les mesures nécessaires afin modifier de l'ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante. Le Sénat a souhaité exprimer son opposition à cette procédure qui prive la représentation nationale d'un débat approfondi.

Comme l'a rappelé le rapporteur François-Noël BUFFET lors de la réunion de la CMP « *le sujet paraît suffisamment important pour mériter un véritable débat apaisé, d'ailleurs promis en dehors du débat sur les présents textes par la Garde des sceaux avant qu'elle ne revienne sur la parole donnée et ne recoure soudainement à une habilitation « pour se contraindre elle-même » selon ses propres mots* ».

Outre la procédure parlementaire qui a été bafouée puisque le texte de cette habilitation n'a pas été discuté par le Sénat avant la réunion de la CMP, le législateur a insuffisamment précisé les finalités des mesures susceptibles d'être prises par voie d'ordonnance, imposées par votre Conseil (décision n° 2018-769 DC du 4 septembre 2018, loi pour la liberté de choisir son avenir professionnel).

Le Gouvernement entend « simplifier la procédure pénale applicable aux mineurs délinquants », « accélérer leur jugement pour qu'il soit statué rapidement sur leur culpabilité », « renforcer leur prise en charge par des mesures probatoires adaptées et efficaces avant le prononcé de leur peine, notamment pour les mineurs récidivistes ou en état de réitération » et « améliorer la prise en compte de leurs victimes », en précisant que le Gouvernement entend « regrouper et organiser ces dispositions dans un code de la justice pénale des mineurs ».

Dans la décision n° 2016-745 DC du 26 janvier 2017 portant sur la loi relative à l'égalité et à la citoyenneté que votre Conseil a rendue, vous rappelez la formulation de principe aux termes desquels « *Le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi* ».

Cette disposition fait donc obligation au Gouvernement d'indiquer avec précision au Parlement, afin de justifier la demande qu'il présente, la finalité des mesures qu'il se propose de prendre par voie d'ordonnance ainsi que leur domaine d'intervention.

En conséquence, les Sénateurs requérants considèrent que **cette habilitation méconnaît les exigences qui résultent de l'article 38 de la Constitution** et en demandent la censure.

Les Sénateurs soussignés complèteront, le cas échéant, cette demande dans des délais raisonnables.