

Revue de science criminelle 1993 p. 93

La répression du trafic de stupéfiants serait-elle l'occasion d'un abandon de la jurisprudence, contestable et paralysante, de la Chambre criminelle en matière de flagrance ?

Jean-Pierre Delmas Saint-Hilaire, Professeur à la faculté de droit, des sciences sociales et politiques de l'université Bordeaux I ; Directeur de l'Institut de sciences criminelles

Contrôle d'identité. Etranger (séjour irrégulier). Flagrant délit. Perquisitions. Stupéfiants (trafic)

Deux arrêts de la Chambre criminelle (Crim. 23 mars 1992, aff. *Riquier Bull. crim.* n° 123, Crim. 12 mai 1992, aff. *Meynier, Bull. crim.* n° 187, *Droit pénal* 1992, n° 215, obs. A. Maron) invitent à se poser cette question car la solution que l'un et l'autre consacrent ne s'inscrit guère dans le courant jurisprudentiel dominant défendu jusqu'ici par la Cour de cassation (sur cette jurisprudence dominante : B. Bouloc, Les abus en matière de procédure pénale, § I, A, cette *Revue* 1991.225).

On rappellera que celle-ci a fréquemment déclaré irrégulières des perquisitions ayant sans doute permis de saisir des pièces à conviction décisives mais effectuées par la police judiciaire à partir de simples renseignements (le plus souvent téléphoniques et parfois anonymes) : l'annulation de tout ou partie de la procédure d'enquête est justifiée pour la Chambre criminelle dès lors que ces perquisitions (auxquelles sont assimilées les fouilles corporelles autres que les fouilles de sécurité) ont été faites sans l'assentiment des personnes concernées. Elle estime, en ce cas, que l'enquête diligentée ne peut être qu'une enquête préliminaire dont la régularité est subordonnée, quant aux perquisitions et saisies, à l'assentiment exprès et écrit des intéressés (art. 76 c. pr. pén.). Elle exclut, en cette hypothèse, l'enquête de flagrance.

La Cour de cassation affirme en effet que, pour qu'il y ait infraction flagrante au sens de l'article 53 alinéa I du code de procédure pénale (flagrant délit proprement dit), il ne suffit pas de constater que l'infraction « se commet actuellement ou vient de se commettre » (seule condition ressortant des termes de cette disposition). Ajoutant à la loi, elle exige que celle-ci « se révèle à l'enquêteur par des indices extérieurs apparents » (s'agissant de trafic de drogue : Crim. 21 juill. 1982, *Adm des douanes, D.* 1982.642, note Berr ; W. Jeandidier et J. Belot, *Les grandes décisions de la jurisprudence : procédure pénale*, n° 17, Themis, 1986 ; Crim. 2 févr. 1988, aff. *Diaz, Bull. crim.* n° 52. S'agissant d'infraction à la police des étrangers et de proxénétisme : Crim. 8 nov. 1489, aff. *Soltani, JCP* 1990.II.21580, note Syr, *Bull. crim.* n° 406).

Cette exigence supplémentaire, purement jurisprudentielle, est mal vécue par la police judiciaire et, très souvent, par les juges du fait, proches qu'ils sont de l'homme de terrain qu'est l'officier de police judiciaire (cf. aff. *Soltani*) ; elle se révèle en effet paralysante dans un domaine tel que celui du trafic de stupéfiants où l'exercice de la répression se heurte à de nombreuses difficultés (cf. en dernier lieu, significative des obstacles rencontrés en cette matière, la loi autorisant l'infiltration des réseaux de trafiquants : L. 19 déc. 1991 et, pour commentaire, J. Pradel, *D.* 1992.*Chron.* 229).

Cette jurisprudence est très contestable, tant au plan du *droit* que du *fait*.

Du point de vue du *droit* elle encourt le reproche de méconnaître doublement les termes de la loi. On rappellera que l'article 53 alinéa 1 du code de procédure pénale distingue deux cas dans lesquels il y a flagrance : celui de l'*infraction flagrante proprement dite* et celui de l'*infraction réputée flagrante*. Or, quant à la première hypothèse, en ne se contentant pas de la seule condition d'actualité prévue au texte (l'infraction se commet ou vient de se

commettre), en exigeant la présence « *d'indices extérieurs révélant l'existence de l'infraction* », elle ajoute manifestement à la loi dont elle méconnaît les termes (art. 53 al. 1 *in limine*). Exigence qui conduit par ailleurs à faire perdre à cette hypothèse de l'infraction flagrante proprement dite toute autonomie puisqu'elle renvoie, de manière invincible, à la deuxième hypothèse prévue par la loi, celle de l'infraction réputée flagrante, dont la définition fait apparaître la nécessité de signes extérieurs « laissant penser » que la personne interpellée a participé à l'infraction (objets relevés en sa possession ; traces, indices présentés : art. 53 al. 1 *in fine*) : en cela elle ampute la loi. Elle ne laisse subsister, des deux cas prévus par le texte, que le second.

Cette jurisprudence consomme donc une *double violation de la loi* : d'une part par *adjonction*, d'autre part par *retranchement*. Double injure faite au principe constitutionnel de la légalité qui doit régir les enquêtes diligentées par la police judiciaire puisque le respect de celui-ci s'impose pour l'ensemble de la procédure pénale. Comment oublier en effet que l'article 34 de la Constitution de 1958 fait figurer, parmi les matières législatives, la procédure pénale, qu'il donne ainsi expressément à la règle légaliste posée par Beccaria une nouvelle dimension invitant à reformuler en ces termes le principe de la légalité : *nullum crimen, nulla poena, nullum iudicium sine lege*. Pour la procédure pénale, comme pour les crimes et délits, la loi est la seule source admissible de la règle juridique. La jurisprudence doit être bannie. Elle ne saurait ni *ajouter* à la loi, ni *retrancher* de la loi... ni *remplacer* la loi (cf. à ce sujet la nécessité de légiférer qui s'est imposée à la France, en 1991, en matière d'écoutes téléphoniques : L. 10 juill. 1991 insérée aux articles 100 à 100-7 c. pr. pén., à la suite de sa condamnation par la Cour européenne de Strasbourg dans l'affaire *Kruslin* : 24 avr. 1990, *D.* 1990.353, note J. Pradel et les observations présentées par R. Koering-Joulin dans sa chronique : De l'art de faire l'économie d'une loi, *D.* 1990.*Chron.* 189, *in fine* ; et W. Jeandidier, note, *in fine*, sous Crim. 15 mai 1990, aff. *Bacha*, *JCP* 1990.II.21541).

Très contestable en droit, cette jurisprudence critiquée l'est également *en fait* car elle plonge dans l'incertitude le policier comme le magistrat : quelles sont les données permettant de dire ce que sont ces « indices extérieurs révélant à l'enquêteur l'existence de l'infraction » ? S'agit-il uniquement des indices tombant directement sous le sens de « l'homme de la rue », du « bon père de famille » ? Peut-on y ajouter ceux, indécélables pour ces derniers mais perceptibles pour le policier rompu aux techniques d'observation ? Et que dire de ceux qui, non identifiables par nos sens, sont mis en évidence par des appareils (le radioscope par exemple) ou le flair du chien policier ? En ce dernier cas de l'infraction « *fragrante* » sera-t-elle une infraction *flagrante* ?

En fait comme en droit cette jurisprudence de la Chambre criminelle n'est donc guère satisfaisante et les deux arrêts rapportés témoignent de l'incertitude et de l'embarras qui règne en la matière (cf. obs. A. Maron, préc.).

Dans la première affaire (Crim. 23 mars 1992, arrêt *Riquier*), au cours d'une enquête préliminaire concernant des cambriolages, un des suspects avoue être en infraction au regard de la législation sur les stupéfiants et donne des renseignements sur l'un de ses fournisseurs dont il ignore l'identité mais qui habite « une petite maison basse près de l'église » les enquêteurs se rendent jusqu'à celle-ci accompagnés du dénonciateur et l'officier de police judiciaire, estimant opérer en flagrance, procède à une perquisition sans demander l'assentiment de celui qui y vit, puis saisit du cannabis ainsi que divers objets révélateurs de la réalité d'un trafic de stupéfiants.

La Chambre des appels correctionnels, redoutant d'encourir la censure de la Chambre criminelle, s'applique à justifier l'annulation du procès-verbal de perquisition et des actes subséquents en reprenant les formules mêmes de la jurisprudence *Soltani et autres* : « considérant, déclare-t-elle, que l'indication spontanée d'un lieu géographique très imprécis, sans indication d'un nom patronymique ou, à la rigueur, d'un pseudonyme - ce que l'on ne peut sérieusement assimiler à une adresse - ... ne peut être valablement admise comme un indice apparent suffisant d'un comportement délictueux révélant l'existence d'une infraction flagrante... ».

Dans la deuxième affaire (Crim. 12 mai 1992, *Meynier*), répondant à l'appel téléphonique d'une personne qui signale que la porte d'entrée de l'appartement d'un de ses voisins est restée ouverte tout l'après-midi, des agents de police se rendent sur les lieux, constatent que le logement est vide mais remarquent un sac de plastique laissant apparaître des blocs de haschich. L'officier de police judiciaire alerté procède en flagrance à une perquisition, saisit de la drogue, un peson, de l'argent et place en garde à vue l'occupant de l'appartement.

Là encore, la juridiction correctionnelle, en première instance comme en appel, pensant être fidèle aux enseignements de la jurisprudence de la Chambre criminelle, annule le procès-verbal de perquisition et toute la procédure ultérieure, estimant que l'officier de police judiciaire agissait en préliminaire et non en flagrance : « la perquisition ainsi opérée en l'absence des occupants de l'appartement, sans leur accord et en dehors de tout délit flagrant, n'est pas conforme aux prescriptions de l'article 76 du code de procédure pénale ».

Or, dans les deux cas, la Chambre criminelle entre en cassation car elle estime qu'il y a flagrance et que la procédure est régulière. Dans la première espèce (aff. *Riquier*) elle le fait en ces termes : « Attendu qu'en prononçant ainsi sans égard à des déclarations non anonymes d'un co-auteur, recueillies par procès-verbal faisant état d'une infraction à la législation sur les stupéfiants qui se commettait ou venait de se commettre, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations n'a pas donné de base légale à sa décision ». Et, dans la seconde affaire (*Meynier*), elle censure ainsi l'arrêt frappé du pourvoi : « Attendu qu'en déniant à la procédure le caractère de flagrance alors qu'il résulte de leurs constatations qu'avant d'effectuer la perquisition l'officier de police judiciaire avait eu connaissance d'indices apparents d'un comportement délictueux pouvant révéler l'existence d'une infraction répondant à la définition de l'article 53 du code de procédure pénale, les juges n'ont pas justifié leur décision ».

A l'évidence une différence importante apparaît entre la solution consacrée par ces deux décisions et celle de la jurisprudence dominante dont l'arrêt *Soltani* en est une manifestation caractéristique. Dans cette dernière affaire on rappellera que la Chambre criminelle avait estimé qu'un renseignement anonyme conforté par les observations faites à partir de la surveillance du domicile d'une « prostituée notoire » n'était pas suffisant pour caractériser l'existence « d'un indice apparent de comportement délictueux » ; qu'en conséquence il n'y avait pas flagrance ; et que, contrairement à ce qu'avaient décidé les juridictions correctionnelles, était entachée de nullité toute la procédure suivie, fondée qu'elle était sur des preuves recueillies au cours de la perquisition faite, sans assentiment des intéressés, dans l'immeuble placé sous surveillance - procédure qui avait abouti à une double condamnation du chef de proxénétisme (par cohabitation) et d'infraction à la police des étrangers (séjour irrégulier en France).

L'analyse comparative de ces divers arrêts invite donc à penser, sinon à un revirement, du moins à une évolution significative de la jurisprudence de la Chambre criminelle. Changement qui semblerait ne pas intéresser seulement la matière « sensible » de la lutte contre le trafic de stupéfiants : on en voudra pour preuve l'arrêt rendu dans l'affaire *Najjar* (Crim. 23 oct. 1991, *Bull. crim.* n° 371, concernant des infractions à la police des étrangers et à la législation du travail) par lequel la Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir considéré comme effectuée en flagrance une enquête diligentée sur le fondement « d'une dénonciation anonyme confortée par des vérifications auprès de la préfecture de Bobigny ».

On se demandera, dans ces conditions, si cette évolution jurisprudentielle ne pourrait pas être le signe d'une saine réaction contre l'étonnante « invention » jurisprudentielle de la Chambre criminelle qui conduit, on le sait, à une paralysie quasi totale du contrôle de situation des étrangers en exigeant, pour la régularité de celui-ci, que se rencontrent « des éléments objectifs déduits de circonstances extérieures à la personne même de l'intéressé de nature à faire apparaître celui-ci comme étranger » (cf. aff. *Bogedan* et *Vuckovic* : Crim. 25 avr. 1985, *JCP* 1985.II.20465, note W. Jeandidier et nos obs. cette *Revue* 1986.95). Pour une récente manifestation de cette jurisprudence, l'arrêt confirmatif de la cour de Paris du 28 octobre 1991 venant préciser que « le fait de parler une langue étrangère, pas plus que la couleur de la peau d'un individu ne saurait constituer un élément objectif extérieur à la personne même

de celui-ci et justifier un contrôle d'identité » (aff. *Ramo Andrade*, *Gaz. Pal.* 30-31 oct. 1992. Sur l'ensemble de la jurisprudence récente : obs. A. Maron, *Droit pénal*, 1992, n° 50 et 216).

Solution paralysante à laquelle peuvent être adressées les mêmes critiques de celles développées précédemment et dirigées contre la jurisprudence de la Chambre criminelle concernant la notion de flagrance : ne réalise-t-elle pas, elle aussi, une violation manifeste du principe de la légalité pénale par adjonction aux textes d'une condition non prévue par ceux-ci ?

Il est certain que si la Cour de cassation, comme pourraient l'annoncer les arrêts analysés (aff. *Riquier et Meynier*), tend à revenir à une notion de flagrance plus conforme que par le passé aux termes de l'article 53 alinéa 1 du code de procédure pénale, elle donnera à la police judiciaire les moyens de lever l'obstacle créé par la jurisprudence *Bogdan* et de remplir sa mission en matière de lutte contre l'immigration clandestine : la flagrance autorise le contrôle d'identité et, par voie de conséquence, le contrôle de situation des étrangers (cf. aff. *Najjar*, préc. et rapp. Crim. 26 avr. 1983, aff. *Dialo*, *Bull. crim.* n° 117 et Crim. 4 janv. 1982, aff. *Hadiatou*, Crim. 4 janv. 1982, *Bull. crim.* n° 2).

Pour notre part nous approuvons l'évolution que nous pensons voir se dessiner à travers les arrêts commentés. Sans doute certains s'inquiéteront des abus possibles auxquels pourrait conduire la solution consistant à admettre, comme le font les décisions rapportées, qu'un renseignement (aff. *Riquier et Meynier*), fût-il anonyme (aff. *Najjar*), autorise l'ouverture d'une enquête de flagrance, surtout s'il est corroboré par des données qui, raisonnablement, semblent confirmer sa fiabilité (sur de telles inquiétudes, B. Bouloc, étude préc. cette *Revue* 1991.225; D. Mayer, note sous Crim. 27 juill. 1992, *D.* 1993.36). Mais ce danger dont il est facile de faire une exploitation politique n'est-il pas, pour l'essentiel, hypothétique et de nature divinatoire ? N'est-il pas à rapprocher de celui qui a été mis en avant déjà pour justifier les solutions contraires au bon sens rappelées précédemment et consacrées en matière de contrôle de situation des étrangers ? Sur ce dernier terrain le caractère au plus haut point artificiel du risque d'abus est démontré par le fait que l'article 165 du décret du 20 mai 1903 (la Charte de la Gendarmerie), texte toujours en vigueur et qui donne les plus larges pouvoirs à la gendarmerie pour contrôler l'identité de toute personne, quelle que soit sa nationalité, n'a donné lieu à aucun incident notable : la confiance que cette disposition témoigne aux gendarmes, invités par elle « à se comporter, dans l'exécution de ce service, avec *politesse et de ne se permettre aucun acte qui puisse être qualifié de vexatoire et d'abus de pouvoir* », semble avoir été méritée sans défaillance caractérisée. Et cela depuis près d'un siècle !

Pour nous le danger est ailleurs, très réel, quotidien et immédiat : il est constitué par ces fléaux sociaux, en interaction étroite, générateurs d'inadaptations et de délinquance en chaîne, que sont le trafic de stupéfiant et l'immigration clandestine, fléaux qu'il ne suffit pas de dénoncer pour ne pas en être complice.

Mots clés :

PROCEDURE PENALE * Flagrance * Trafic de stupéfiants