

---

Rapports



# La mise en état des affaires pénales

*Commission Justice pénale  
et Droits de l'homme*

La Commission « Justice pénale et droits de l'homme » a été instituée par arrêté de M. Pierre Arpaillange, Garde des Sceaux, ministre de la Justice, le 19 octobre 1988.

Elle a présenté à Monsieur le Garde des Sceaux plusieurs études :

- *La détention provisoire* (rapport, octobre 1988);
- *Les principes directeurs de législation pénale* (communication, janvier 1989) ;
- *L'Europe*, (« Les Communautés européennes et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme » et « Un espace social européen assorti de sanctions pénales », rapports, février 1989);
- *L'application des peines privatives de liberté* (rapports janvier/juillet 1989).
- *La mise en état des affaires pénales* (rapport préliminaire, novembre 1989 et rapport final, juin 1990).

© La Documentation Française - Paris, 1991  
ISBN : 2-11-002522-0

# Sommaire

<i>Composition de la Commission</i>	4
<b>RAPPORT PRÉLIMINAIRE (novembre 1989)</b>	7
<i>Préambule</i>	9
<b>Introduction: DU FAIT AU DROIT</b>	11
<b>Première partie : SYSTÈMES DE DROIT</b>	17
<b>Deuxième partie : QUESTIONS-CLÉS</b>	37
<b>Troisième partie: QUELS PRINCIPES POUR LA MISE EN ÉTAT DES AFFAIRES PÉNALES ?</b>	69
<b>RAPPORT FINAL (juin 1990)</b>	105
<i>Avertissement</i>	107
<b>Introduction : RAPPEL DES PRINCIPES FONDAMENTAUX</b>	111
<b>Première partie: STRUCTURES PROPOSÉES</b>	125
<b>Seconde partie : RÈGLES DE PROCÉDURE</b>	151
<b>Opinion divergente de M. Braunschweig</b>	223
<b>CONCLUSION DU RAPPORT</b>	233
<b>ANNEXES</b>	235
<i>Liste des abréviations utilisées</i>	327
<i>Bibliographie</i>	329
<i>Table des matières</i>	335

# Composition de la Commission justice pénale et droits de l'homme

## **Présidente**

Mireille DELMAS-MARTY  
Professeur à l'université de Paris I

## **Rapporteur général (rapport final)**

Serge LASVIGNES  
Auditeur au Conseil d'État,

## **Membres**

Yves BAUDELLOT  
Avocat au barreau de Paris

François BERNARD  
Conseiller d'État (rapport final)

Guy BRAIBANT  
Président de section au Conseil d'État

André BRAUNSCHWEIG  
Président de chambre honoraire à la Cour de Cassation

Jean-Paul COSTA  
Conseiller d'État (rapport préliminaire)

Bruno COTTE  
Directeur des affaires criminelles et des grâces au ministère de la Justice

Jean-Pierre DINTILHAC  
Directeur de l'administration pénitentiaire au ministère de la Justice

Renée KOERING-JOULIN  
Professeur à la faculté de droit et de sciences politiques de Strasbourg  
(université Robert Schuman)

Henri LECLERC  
Avocat au barreau de Paris

Marcel LEMONDE  
Vice-président du TGI de Lyon

Pierre TRUCHE  
Procureur général près la cour d'appel de Paris

## **Secrétariat général de la Commission**

Christine CHANET  
Conseiller technique du Garde des Sceaux

Marc PLUM  
Magistrat à la direction des affaires criminelles et des grâces (rapport préliminaire)

## **Ont également participé aux travaux**

Valérie DERVIEUX  
DEA de droit pénal et sciences criminelles

Yann BISIOU  
DEA de politique criminelle et droits de l'homme (synthèse de la consultation)

Christian JACQ  
Docteur en droit (rapport préliminaire)

Brigitte PESQUIÉ  
DEA de politique criminelle et droits de l'homme (rapport final)

Denis SALAS  
Magistrat au TGI de Nanterre (rapport préliminaire)

# **Rapport préliminaire sur la mise en état des affaires pénales**

**novembre 1989**

# Préambule

Ce rapport préliminaire contient une analyse des procédures préparatoires au procès pénal, dégage les questions essentielles et propose un certain nombre d'orientations définies à partir de « principes fondamentaux ».

Sur cette base, un large débat devrait avoir lieu.

A la lumière des principes qui seront retenus, le rapport final de la Commission justice pénale et droits de l'homme précisera, en réponse aux questions-clés, les règles juridiques et les mesures d'accompagnement compatibles avec ces principes ainsi que la structure la mieux adaptée à leur mise en oeuvre.

## Introduction

# Du fait au droit

La procédure pénale conduit du fait au droit, c'est à dire de l'appréhension d'une situation de fait présentant les apparences d'un manquement à la loi pénale à la constatation judiciaire de l'existence (ou non) d'une infraction et de son imputabilité (ou non) à une personne avec les conséquences de droit.

Exceptionnellement, ce passage du fait au droit peut être immédiat. Le procès consiste alors à juger, sans investigations préalables des autorités publiques, une personne « accusée » d'une infraction<sup>1</sup>. C'est le cas, par exemple, en France, lorsque la victime utilise la voie de la « citation directe », c'est à dire saisit directement le tribunal d'une infraction (ou prétendue infraction) dont elle accuse (à tort ou à raison) une personne déterminée.

Le plus souvent cependant, lorsqu'une « instruction » est ouverte, ou bien lorsque des procédures plus rapides, y compris la « comparution immédiate » sont utilisées, des investigations sont menées préalablement par les autorités publiques. Il s'agit pour celles-ci de mettre l'affaire en état d'être jugée, c'est à dire d'établir sans équivoque qu'une infraction a bien été commise, d'identifier les auteurs et de cerner leur personnalité afin de permettre à un tribunal de statuer sur leur sort. L'inefficacité dans cette démarche ne serait pas admissible ; elle serait intolérable pour toute société et comporterait le risque de l'affrontement direct et violent, physiquement ou verbalement, des personnes impliquées.

En revanche l'efficacité dans cette démarche commande la renonciation tacite des parties à traiter elles-mêmes leur conflit ; l'intervention judiciaire introduisant précisément une distance neutralisante par rapport à l'affrontement direct.

Mais toute la difficulté de la procédure pénale, notamment à cette phase de la « mise en état », tient dans le fait que l'efficacité, pour nécessaire qu'elle soit, ne doit pas être recherchée à n'importe quel

1) Le mot accusé est employé ici dans le sens général retenu par la CESDH et le Pacte de l'ONU sur les droits civils et politiques. Il recouvre les diverses catégories de : suspect, inculpé, prévenu, ou accusé au sens précis que le terme prend devant la cour d'assises.



prix. Même si la torture permettait de faire avouer un coupable, il est clair qu'elle n'en serait pas justifiée pour autant. D'ailleurs les principes constitutionnels comme les engagements internationaux pris par la France, soumettent l'efficacité de la procédure au respect des droits fondamentaux de la personne.

A vrai dire, ce double impératif (efficacité dans la recherche des infractions et de leurs auteurs / respect des droits fondamentaux de la personne) n'est pas nécessairement antagonique et mieux vaudrait parler de « bipolarité » de la procédure pénale.

Ainsi, par exemple, l'efficacité rejoint le respect des droits fondamentaux, lorsqu'il s'agit des victimes d'infractions. Et même lorsqu'il s'agit des droits de la personne accusée, ou parfois de simples tiers, par exemple des témoins, il n'y a pas forcément antagonisme avec la recherche d'efficacité. Car la renonciation des parties à traiter leurs propres conflits implique qu'elles reconnaissent la légitimité de la procédure, donc que cette procédure ne soit pas elle-même de pure violence. En d'autres termes, le monopole de l'État, comme unique détenteur de la violence légitime, ne peut pas durablement se fonder sur la seule référence à la force sans engendrer de nouvelles violences et perdre sa légitimité.

En pratique cependant, la tension qui s'établit d'un pôle à l'autre (efficacité / respect des droits fondamentaux) est parfois très forte et peut être vécue comme un défi impossible car la quête des preuves conduit à forcer la vie privée d'autrui, à découvrir dans des lieux cachés et à faire surgir de l'intimité des souvenirs, des pensées et des idées, ce que l'on veut dissimuler.

Elle impose parfois aux autorités publiques d'exercer des contraintes sur autrui, de l'empêcher d'aller et de venir, de lui soustraire son courrier ou d'écouter ses communications téléphoniques, de pénétrer de force dans son domicile : autant d'atteintes aux droits fondamentaux de la personne qui conduisent habituellement leurs auteurs devant les juridictions pénales et pourtant se trouvent ici justifiées par l'ordre ou la permission de la loi elle-même. Cela s'appelle : « garde à vue », « détention provisoire », « contrôle judiciaire », « saisie de correspondance », « écoutes téléphoniques », « perquisitions », etc. Et l'État ne saurait, au nom d'une protection absolue des Droits de l'Homme, choisir d'y renoncer lorsqu'une infraction a été commise. Cependant, les atteintes qu'il s'autorise doivent être limitées : il ne peut s'agir que d'exceptions à n'utiliser que dans la mesure strictement nécessaire. Et l'objet de la procédure pénale est aussi de préciser ces limites, de les rendre effectivement exceptionnelles.

En somme, il s'agit d'organiser le passage du fait au droit en balisant le chemin, en indiquant les conditions d'utilisation de certaines voies, en marquant aussi les voies interdites.

Cette organisation s'inscrit dans la durée.

On connaît bien la phase finale, lorsque des charges ont été jugées suffisantes : c'est la comparution, dans un délai raisonnable, devant un tribunal indépendant et impartial siégeant, en principe, publiquement et entendant la cause équitablement.

Mais avant d'en arriver là, il y a des indices matériels à rechercher et à interpréter, des auditions à recueillir, des poursuites à engager, les intérêts de la victime à sauvegarder et les droits de la défense à respecter.

*Qui fait quoi ?* Qui peut prendre des initiatives pour faire évoluer la procédure ? Qui contrôle le passage du fait au droit ? Qui dit le permis et l'interdit ? Qui dispose des moyens de coercition dont on a dit qu'ils étaient à la fois privatifs ou restrictifs de droits et indispensables ?

Et *comment* doivent être menées ces opérations de recherche des preuves et de contrôle, quels sont les actes à accomplir ?

## Qui fait quoi ?

La loi confie le plus souvent à une autorité publique la tâche de rechercher les infractions et de déférer leurs auteurs à un tribunal. Or, les risques d'inaction totale ou partielle (pour divers motifs tels que encombrement, lenteurs, pressions politiques, etc.) sont connus. Ce n'est pas tout. La victime, intéressée au premier chef par la recherche des preuves, peut voir son jugement obscurci par une volonté de vengeance et parfois même n'être qu'une prétendue victime usant abusivement d'une voie pénale ; l'accusé doit pouvoir discuter les charges découvertes contre lui mais il peut être tenté de le faire par tous procédés, y compris irréguliers, comme il peut vouloir user de tous moyens dilatoires pour retarder l'issue de la procédure.

C'est dire que la mise en état d'une affaire pénale ne suit pas une voie rectiligne. Il faut à la fois éliminer les abus et permettre à chacune des parties de faire avancer l'enquête.

Certes, dans le système français actuel, l'autorité publique se doit d'établir les faits objectivement, dans leur complexité, « à charge et à décharge ». Mais, pour autant, victime et accusé doivent-ils se voir confinés dans des rôles de figurants ?

Les lenteurs, l'inattention ou à l'inverse le traitement trop rapide sont toujours possibles. Il n'y a pas de justice sans débat contradictoire et plus tôt celui-ci s'instaure, meilleures sont les chances d'objectivité.

Une justice pénale qui doit aboutir à une sanction imposée a aussi pour objectif la prévention de la récidive. La participation effective au procès, de la victime comme de l'auteur, peut être, pour nombre d'infractions, l'amorce d'un dialogue qui prépare la prise de conscience du caractère pénalement répréhensible de l'acte commis, condition d'une justice acceptée qui facilite l'insertion plutôt que de renforcer l'exclusion.

Pour rechercher les preuves, on peut mettre partie publique et partie privée à égalité ; ou bien privilégier l'autorité publique. Mais il faut aussi admettre à tous pouvoirs des contre-pouvoirs.

Qui peut demander une mesure, qui la décide et sur quels critères, qui l'exécute, qui, éventuellement, l'invalide ? Des réponses à ces questions peut dépendre un équilibre que les divers *systèmes de droit* (1<sup>re</sup> partie) organisent chacun à sa manière et dont l'histoire et le droit comparé illustrent les principaux modèles.

## Comment ?

Pour passer du fait au droit, il faut appréhender un fait dans toute sa complexité afin d'établir s'il est ou non prohibé par la loi pénale puis, dans l'affirmative, en rechercher l'auteur, c'est à dire réunir contre lui des preuves qui doivent être soumises à la critique.

Plus on s'éloignera de la personne mise en cause et plus on aura de chance d'avoir une preuve crédible, si l'on considère que tout accusé a le droit de se taire, de dissimuler, de mentir ; plus on s'appuiera sur des éléments matériels et objectifs ne faisant pas intervenir une appréciation humaine subjective et mieux on pourra asseoir une conviction.

Ainsi, les actes qui permettent de mettre une affaire pénale en état d'être jugée doivent être considérés en eux-mêmes, quel que soit le système procédural retenu : la recherche d'indices matériels implique transport sur les lieux, perquisitions et saisies ; elle peut nécessiter examens techniques et expertises : la recherche de témoignages nécessite le plus souvent des auditions ; celle d'aveux implique des interrogatoires. Et ces opérations peuvent s'accompagner de mesures de coercition : privation ou restriction de la liberté d'aller et venir des suspects, parfois même des témoins, atteinte à la vie privée et familiale, au respect du domicile et de la correspondance des personnes impliquées dans l'affaire, parfois atteinte à la liberté de réunion et d'association. Le problème est alors d'apprécier l'influence de la mesure de coercition (garde à vue, par exemple) sur la valeur de la preuve obtenue.

Mettre une procédure en état d'être jugée n'est pas seulement réaliser ce travail de collecte des preuves, c'est aussi accomplir un travail d'analyse et de sélection qui consiste à éliminer ce qui ne peut pas être soumis à la juridiction de jugement, en exerçant un contrôle sur la régularité et la loyauté de la collecte des preuves ; ce contrôle est de la compétence du juge ; la publicité pouvant aussi, dans certaines conditions, être considérée comme une forme de contrôle.

Sans prétendre évoquer toutes les modalités de la mise en état, la Commission a retenu un certain nombre de questions-clés (2e partie) qui permettent une présentation concrète des principaux actes accomplis au cours de cette phase préalable au jugement (y compris les principales mesures de coercition), ainsi que des recours possibles et des contrôles exercés.

Au delà de cette analyse, il reste à formuler des propositions. Deux méthodes peuvent être envisagées, selon la marche à suivre, du fait au droit : la première est de fixer un luxe de détails, par une multitude de textes extrêmement précis et minutieux, prévoyant la forme des actes à accomplir et les délais à respecter ; la seconde approche consiste à déterminer d'abord des principes fondamentaux à partir de textes d'orientation qui définissent en somme l'esprit de la procédure et sont déjà en partie formulés par la Déclaration des droits de l'homme et la Constitution, en droit interne, ainsi que par les textes internationaux de protection des droits de l'homme ratifiés par la France (Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, Pacte des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques).

Dans la conception actuelle, le code de procédure pénale ne formule pratiquement aucun principe fondamental (pas même celui de la présomption d'innocence), à l'exception peut-être de quelques rares textes, par exemple la formule très vague de l'article 81 al. 1 « le juge d'instruction procède conformément à la loi, à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité ».

Or, la Commission considère que cette absence de formulation des principes généraux, et son corollaire, la complexité grandissante des formalités à accomplir, conduisent à un alourdissement de la procédure, source de lenteurs, et privilégient le respect de la lettre de la loi, ce qui n'est pas le but recherché. En effet, ce que veut le législateur en imposant une règle, c'est que soient garantis les droits du citoyen ; mais si la règle n'est plus qu'une formalité qu'on assume par une mention imprimée, le but n'est pas atteint.

Un droit exclusivement formaliste laissera subsister une preuve recueillie dans les formes mais par des pressions et annulera une opération respectueuse des droits d'autrui dès lors qu'elle est, par exemple, incomplètement relatée.

Si la forme est exigée pour garantir le fond, elle ne peut être un alibi. De son respect ne peut découler qu'une présomption, non une certitude.

En définitive, pour passer du fait au droit, la Commission estime qu'il serait sage de dégager d'abord les principes fondamentaux et de les formuler clairement, avant de définir de nouvelles règles. Cela aurait un triple avantage : de leur violation dépendrait la nullité d'une procédure, les formes à respecter qui en découleraient pourraient être allégées, la démarche de ceux qui concourent à la procédure deviendrait plus déontologique que formaliste.

La recherche de principes fondamentaux (3<sup>e</sup> partie) impose de rendre visibles les lignes de force selon lesquelles se forment les choix essentiels et dont les règles techniques ne sont que le reflet, plus ou moins intelligible.

## Première partie

# Systemes de droit

La comparaison des systèmes qui se sont succédés dans le temps (voir en annexe la note sur l'histoire de l'instruction préparatoire en France) et coexistent dans l'espace (voir la bibliographie) incite à rechercher s'il existe, par delà leurs différences, une structure commune à toutes les procédures de mise en état des affaires pénales ; à partir de celles-ci on dégagera les grands « modèles » de procédure, servant de référence pour analyser la réalité observée (y compris les écarts entre la réalité officielle décrite dans les codes et lois et la réalité vécue sur le terrain), et ses transformations.

Ainsi, le système français contemporain se trouvera placé parmi d'autres au lieu de servir de référence pour une comparaison, dans le temps ou l'espace, toujours faussée par cette position privilégiée reconnue au système en place.

Cela dit, pour être véritablement « commune » aux divers systèmes de mise en état, cette structure - en somme le noyau dur de la mise en état - doit s'organiser à partir d'éléments invariants, ou de faible variation, dans l'espace et dans le temps. D'où la nécessité d'écarter à ce stade certaines spécificités du système français comme le rôle de la victime dans la procédure pénale (ignoré dans d'autres pays), celui du juge d'instruction (sans équivalent, notamment dans les procédures anglo-saxonnes), ou celui des magistrats du parquet (leurs fonctions étant souvent exercées ailleurs par des personnes qui ne sont pas des magistrats, mais, parfois des avocats comme dans certains pays de Common Law, parfois des représentants du pouvoir exécutif et du parti politique dominant comme en URSS).

Il reste que toute procédure pénale de mise en état suppose nécessairement la présence de *deux parties*, une *partie poursuivante*, publique ou privée, et une partie qui se défend, assistée ou non d'un avocat, la *défense* ; elle suppose également que soient exercées *deux fonctions*, une *fonction d'enquête* et d'investigation sur les faits et une *fonction juridictionnelle*, consistant à contrôler la partie poursuivante et à garantir les droits de la défense.

Entre les parties d'une part, et les fonctions de l'autre, s'établissent des relations fondamentales, au sens plein du terme, différentes selon que :

- la partie poursuivante participe ou non à l'enquête ;
- la défense participe ou non à l'enquête ;
- les prérogatives de la partie poursuivante sont ou non limitées par un contrôle juridictionnel ;
- les droits de la défense sont ou non garantis par un contrôle juridictionnel.

Des diverses combinaisons possibles s'organisant selon leur propre logique, se dégagent des « modèles » de procédure, le terme étant pris au sens d'idéal-type, c'est à dire de représentation schématique d'une réalité évidemment beaucoup plus complexe. Étant observé que si celle-ci n'est jamais absolument conforme à un modèle, elle peut néanmoins être saisie par rapport à ces modèles qui permettent d'analyser d'abord *les écarts* entre le système officiel et le système appliqué : par exemple, la pratique anglo-américaine du « plea bargaining » (qui consiste en une négociation entre la défense et l'accusation, tant sur la culpabilité que sur la qualification de l'infraction et le montant de la peine) relève d'un autre modèle que celui décrit officiellement par les manuels de procédure pénale (voir infra p. 24). Le recours aux modèles permet aussi d'évaluer *les transformations* d'un système juridique car, selon les cas, une réforme de procédure peut s'analyser comme une *rupture* par rapport au modèle de référence jusque là imposé (par exemple, la réforme de la procédure italienne entrée en vigueur en octobre 1989) ou comme une *adaptation* à l'intérieur de ce modèle (telle que la préconisaient, par exemple, les dernières réformes françaises de 1985, 1987 et 1989).

Ainsi, dans une *conception purement accusatoire* de la procédure pénale, selon laquelle le procès pénal est faiblement différencié du procès civil, sans doute parce que l'État est faiblement institutionnalisé et peu centralisé, les relations s'établissent selon le schéma suivant :

- la partie poursuivante participe à l'enquête ;
- la défense participe à l'enquête ;
- les prérogatives de la partie poursuivante sont limitées par un contrôle juridictionnel ;
- la défense bénéficie de garanties juridictionnelles.

Logique pleinement « accusatoire », en ce sens que les deux parties sont à égalité, participent l'une et l'autre à l'enquête et sont placées l'une et l'autre sous un contrôle juridictionnel, le juge (professionnel ou non) étant ainsi en position d'arbitre.

A l'inverse, une *conception purement inquisitoire* relève d'une autre logique, où l'existence d'un État fortement institutionnalisé et souvent fortement centralisé entraîne une différenciation beaucoup plus nette du procès pénal par rapport au procès civil, la fonction d'enquête étant alors exclusivement exercée par la partie poursuivante qui émane de

l'État et n'est pas soumise à un contrôle juridictionnel (le juge intervenant plus tardivement, lors du jugement de l'affaire et sur la base d'un dossier établi de façon unilatérale par le représentant de l'État). Le terme de « partie » ne convient plus guère pour désigner l'agent de l'État qui à la fois enquête, poursuit et décide des mesures coercitives et du renvoi en jugement, inquisiteur actif face à une défense passive.

Si certains systèmes juridiques s'inspirent assez directement de l'un ou de l'autre de ces modèles, le système français actuel, tel qu'il a évolué depuis 1808 avec les deux étapes essentielles de la loi de 1897 (qui introduit l'avocat à la phase d'instruction) et du code de procédure pénale de 1958 (qui rend le juge d'instruction indépendant du parquet, partie poursuivante), relève davantage (comme d'autres d'ailleurs, tels le système allemand ou les récents systèmes portugais ou espagnol) d'une *conception mixte* qui se caractérise par le fait que, si la défense ne participe pas à l'enquête, en revanche la partie poursuivante s'y trouve partiellement (France) ou totalement (RFA) associée ; l'inégalité ainsi instituée entre les parties ne permettant qu'un contrôle juridictionnel partiel, étant observé qu'en outre l'originalité du système français est de confier la direction officielle de l'enquête à la personne chargée des fonctions juridictionnelles (le juge d'instruction).

Sans vouloir, à ce stade de l'analyse, porter de jugement de valeur sur chacun des trois modèles, il est néanmoins nécessaire de décrire leur fonctionnement (à partir d'exemples tirés du droit comparé et de l'histoire), afin de bien saisir les traits qui les caractérisent.

## **Le modèle accusatoire pur**

Ce modèle est illustré, en droit comparé, par les systèmes retenus en principe (sous réserve de pratiques parfois différentes) dans les pays anglo-saxons et, depuis octobre 1989, en Italie. Sous des formes et des modalités qui varient d'un pays à l'autre (étant rappelé qu'il se fonde sur une conception peu institutionnalisée et peu centralisée de l'État, correspondant donc à des pays où la société civile est à la fois présente et active), il présente certaines caractéristiques lors de la phase de mise en état.

D'emblée il faut observer que la phase préalable au jugement est plus courte que dans les autres modèles car la mise en état se poursuit à la phase de jugement (« trial ») ; celle-ci étant en revanche plus longue, précisément pour cette raison.



# L'enquête est confiée à la police, sous le contrôle de l'autorité judiciaire

## Première caractéristique du système

*Le pouvoir d'enquête est confié, non pas à l'autorité judiciaire, mais à la police.*

Les juges n'ont aucun pouvoir d'initiative dans la recherche des preuves et ne dirigent pas l'enquête qui est, en effet, menée par la seule police, qui agit aux côtés du procureur<sup>1</sup>, lorsqu'il en existe, tant comme enquêteur que comme partie poursuivante.

Au stade de l'enquête, les juges n'interviennent que ponctuellement, lorsqu'il sont saisis d'une requête de la police, pour lui donner, ou lui refuser, l'autorisation de procéder à certaines investigations de nature à porter atteinte aux libertés fondamentales (perquisitions, saisies, écoutes téléphoniques, etc.).

## Deuxième caractéristique du système

*Les pouvoirs d'enquête de la police sont limités et étroitement contrôlés par l'autorité judiciaire.*

. Une personne suspectée n'est en principe pas contraignable. La police peut avoir avec elle un entretien, mais à la condition que la personne suspectée y consente ; l'entretien ne donnera pas nécessairement lieu à procès-verbal et celui-ci ne pourra en principe servir ultérieurement de preuve.

La police ne peut, en effet, imposer à un suspect de faire une déclaration et son silence ne peut jamais lui être opposé. Bien plus, si un suspect a fait une déclaration à la police, lorsqu'il se trouve poursuivi devant le tribunal, le ministère public doit faire la preuve, lors de l'audience de jugement, que sa déclaration a été donnée sans aucune promesse d'avantage, ni de menace.

. La police ne peut procéder à des investigations de nature à porter atteinte aux libertés (perquisitions, saisies, écoutes téléphoniques...) qu'après avoir obtenu l'autorisation d'un juge, qui apprécie, en cas d'atteinte à une liberté protégée, l'existence d'une conviction raisonna-

1) Les États-Unis ne connaissent pas l'équivalent du ministère public français. Les poursuites sont exercées, non par un organe étatique, mais par un avocat local élu pour ces fonctions pendant une durée de 4 à 6 ans en général. La Grande-Bretagne était dans la même situation jusqu'à la création, en 1985, d'un organe de poursuite (Crown Prosecution Service), ayant un statut tout à fait différent de celui du ministère public et compétent pour certaines affaires seulement.

ble que des éléments de preuve puissent être découverts par la police. Le défaut d'autorisation du juge, lorsqu'elle est requise, a pour sanction le rejet, lors de l'audience de jugement, des preuves irrégulièrement obtenues.

. Le peu de pouvoirs de la police à l'égard des personnes suspectées ne lui interdit pas cependant de procéder à des arrestations, étant précisé que cette notion s'entend de toute mesure par laquelle une personne est retenue par la police contre son gré, fut-ce quelques instants seulement. En pratique, les arrestations sont presque exclusivement limitées aux hypothèses de flagrant délit.

La police ne peut procéder à des arrestations qu'à la condition, d'une part d'informer immédiatement l'intéressé des motifs de son arrestation et de son droit à l'assistance d'un conseil, et d'autre part, de le faire comparaître devant un juge qui statue sur la mise en liberté ou le maintien en détention, dans un délai très bref (24 heures au Canada, 24 heures pouvant être portées à 36 heures en Angleterre).

Si un accusé fait une déclaration à la police alors qu'il est en état d'arrestation, l'accusation ne pourra l'utiliser lors de l'audience de jugement qu'à la condition d'établir qu'elle a été obtenue sans promesse ni menace.

## De larges pouvoirs sont confiés à la défense et garantis par l'autorité judiciaire

La mise en oeuvre de ce principe se traduit par une intervention immédiate de la défense, un débat contradictoire avant la décision par l'autorité judiciaire d'ouvrir un procès et des règles de preuves exigeantes.

### Une intervention immédiate de la défense

Dès que la police retient un individu, contre son gré, fut-ce quelques instants, elle doit l'informer de ce qu'il a droit, immédiatement, à l'assistance d'un avocat<sup>1</sup>.

1) Voir C. Vroom, « La liberté individuelle au stade de l'enquête de police en France et aux États-Unis », *RSC*, 1988, p. 487.

Les avocats peuvent intervenir dès le stade de l'enquête menée par la police, tant pour le défendre contre d'éventuelles mesures coercitives que pour mener, parallèlement à la police, une enquête dont les résultats seront discutés lors du « trial ».

Pour rendre effective cette possibilité, beaucoup d'États ont mis en place un système d'aide juridique suffisamment étendu pour couvrir la rémunération de nombreux avocats et détectives.

### **Un débat contradictoire avant la décision par l'autorité judiciaire d'ouvrir un procès**

La partie poursuivante ne peut faire comparaître un accusé devant une juridiction de jugement qu'après avoir justifié à l'autorité judiciaire du sérieux des charges qu'elle a rassemblées. Et ce à deux reprises.

Tout d'abord, lorsqu'elle saisit la justice d'une dénonciation. A ce stade de la procédure, le juge, avant même de faire comparaître l'intéressé, doit en effet interroger le dénonciateur et d'éventuels témoins, pour apprécier le sérieux de l'accusation.

Au vu de ces auditions, le juge peut décider qu'il y a lieu à poursuivre et faire comparaître l'intéressé pour lui demander s'il plaide coupable ou non coupable, sa décision à cet égard devant déterminer les conditions dans lesquelles il sera jugé. Il peut aussi décider qu'il n'y a pas lieu à poursuite et classer l'affaire sans autre forme de procès.

Le juge a le même pouvoir à l'issue de l'enquête préliminaire à laquelle il est obligatoirement procédé pour les infractions autres que sommaires, lorsque l'intéressé plaide non coupable.

Dans cette hypothèse, est en effet organisé devant un juge, avant toute ouverture de procès, un débat contradictoire au cours duquel sont entendus le policier enquêteur, qui relate les circonstances de l'affaire, ainsi que les témoins de l'accusation et de la défense qui sont interrogés et contre-interrogés sur les seules circonstances du délit, sans que puisse être évoquée la personnalité de l'intéressé.

Ce débat est public, sans toutefois que la presse soit autorisée à en publier les comptes rendus.

A ce stade de la procédure, le juge n'a pas à se prononcer sur la certitude de la culpabilité de l'intéressé. Il peut, en effet, renvoyer la procédure devant la juridiction de jugement, si l'accusation présente des preuves qui pourraient être de nature à convaincre un jury. Mais, les pouvoirs dont il dispose lui permettent aussi de dire que, les charges rassemblées par l'accusation étant insuffisantes, il n'y a pas lieu à procès.

## Des règles de preuves exigeantes

Dans n'importe quel système de droit, la mise en état des affaires pénales suppose des investigations s'orientant dans deux directions : d'une part, la recherche d'indices matériels, d'autre part, la recherche de témoignages.

Toutefois, sur ce dernier point, un divorce considérable va immédiatement apparaître entre deux conceptions concernant la place de la personne mise en cause : ou bien celle-ci sera considérée comme devant normalement concourir à la manifestation de la vérité, ou bien la preuve de la culpabilité devra être rapportée de manière objective et extérieure à cette personne.

Dans le premier cas, l'aveu sera une preuve (fort importante), dans le second cas, il ne pourra jamais être une preuve mais seulement un moyen procédural librement choisi par l'accusé pour dispenser l'accusation de produire des preuves.

Il est évident que, dans chacune de ces conceptions, la notion de témoignage n'aura pas le même sens :

- dans le premier cas, si l'on choisit « d'interpeller » le suspect, c'est à dire si on le somme de s'expliquer, on ne peut plus parler de témoignage mais d'interrogatoire ; mais cet interrogatoire ne sera véritablement efficace que si l'interpellé ne bénéficie pas trop tôt d'un statut protecteur interdisant d'espérer obtenir un aveu par surprise ; on assimilera donc, dans un premier temps, le suspect à un témoin contre son gré sans qu'il soit « arrêté » ;
- dans le second cas, si l'on décide que « nul ne peut être contraint de témoigner contre lui-même », l'audition de la personne soupçonnée sera un véritable témoignage, spontané et libre puisque facultatif, recueilli en la forme ordinaire à toutes les phases de la procédure ; dès qu'une coercition physique sera exercée, on parlera d'arrestation et on avertira la personne retenue de son droit au silence et à l'assistance d'un conseil.

C'est cette conception qui est retenue, en principe, par les systèmes de droit relevant du modèle accusatoire, avec les conséquences suivantes.

La police doit mener son enquête sans pouvoir compter sur la collaboration de la personne suspectée. De fait, celle-ci peut toujours se taire sans qu'on puisse lui opposer son silence et ses déclarations ne peuvent être utilisées lors du procès qu'à charge pour l'accusation d'établir une preuve difficile sur les circonstances dans lesquelles elles ont été recueillies. De plus, la police disposant de délais très brefs pour déférer à l'autorité judiciaire les personnes qu'elle a interpellées, ce n'est qu'à l'issue de son enquête qu'elle peut procéder à leur interpellation.

De la sorte, l'aveu devant la police n'a pas de force probante, ce qui oblige l'accusation à rassembler des preuves extérieures à la personne poursuivie.

Enfin, les éléments de preuve ne peuvent pas être figés dans des procès-verbaux qui n'auraient pas été établis contradictoirement. Les preuves, pour être valables, doivent, en effet, être rapportées verbalement et être soumises à un débat contradictoire ainsi qu'à l'épreuve du contre-interrogatoire.

Cela explique qu'aucun dossier ne soit transmis à la juridiction de jugement et que les juges ne se prononcent qu'au seul vu des preuves qui ont été oralement rapportées et contradictoirement débattues à l'audience.

## La pureté du modèle accusatoire, tel qu'il vient d'être décrit, se trouve altérée par deux éléments d'une importance pratique considérable

Si un aveu fait devant la police n'a pas de valeur probante, il en va différemment des aveux faits par l'intéressé lors de sa comparution devant le juge. Le choix de plaider coupable supprime, en effet, tout débat sur la culpabilité et le juge n'a plus alors à se prononcer que sur la montant de la peine.

Au delà de ces aveux spontanés, s'est développée la pratique des aveux négociés, ou « Plea Bargaining » (« Pattiggamento » en Italie)<sup>1</sup>.

Dans le cadre de ces accords, les aveux de la personne poursuivie ne correspondent pas toujours à la réalité et l'intervention du juge ne constitue plus une garantie pour la défense.

Il s'agit d'une atténuation considérable au principe de la procédure accusatoire, d'autant plus considérable que l'usage du « Plea Bargaining » est très fréquent : aux États-Unis par exemple, il intervient dans 80 à 95 % des procédures<sup>2</sup>.

Sans doute est-ce pour cette raison que d'éminents auteurs américains proposent d'introduire dans la procédure américaine un juge d'instruc-

1) Cette pratique du « plea bargaining » (« to bargain » : marchander) est surtout répandue aux États-Unis. Sa constitutionnalité était discutée jusqu'en 1970 où plusieurs décisions de la Cour Suprême, non seulement l'ont jugée constitutionnelle, mais ont déclaré qu'elle est une « composante essentielle de l'administration de la justice criminelle » qui, lorsqu'elle est « proprement administrée devrait être encouragée ».

Elle est également admise désormais en Italie sous les deux formes du « Pattiggamento » (« patteggiare » : négocier), sur la procédure ou sur la peine.

2) L. Weinreb, « Denial of justice », *Criminal Process in the United States*, Lloyd, 1977.  
G. Push, *Introduction to american law*, 1980.

tion, directement inspiré du système français quant à ces pouvoirs d'investigation :

« Continental criminal procedure provided a direction for my thinking ; in particular, the opportunity several years ago to observe closely all aspects of french criminal process helped me to visualize possibilities unlike those which I was familiar. The reason for adopting a model like the one I have outlined, however, is not that something similar has worked acceptably else where, but that is where our own principles and experience lead » (L. Weinreb)<sup>1</sup>.

## Le modèle inquisitoire pur

Dans le modèle « inquisitoire pur » appliqué à la mise en état du procès pénal, la fonction d'enquête est exclusivement exercée par une partie poursuivante qui émane de l'État. En l'absence de contrôle juridictionnel à cette phase du procès, les droits de la défense ne peuvent bénéficier de garanties réelles. Ce modèle peut s'analyser à partir de deux systèmes procéduraux conçus par les États autoritaires de l'entre-deux guerres, étudiés notamment H. Donnedieu de Vabres<sup>2</sup>, et, plus près de nous, à partir du droit positif de l'URSS<sup>3</sup>. Il peut également être illustré par le système de l'instruction préparatoire française en vigueur avant la loi de 1897, à un moment où l'avocat était absent à la phase d'instruction et où le juge d'instruction ne présentait aucune garantie d'indépendance à l'égard du parquet. Dans ces systèmes, la procédure pénale, dont l'objet exclusif est la protection des intérêts de l'État, concentre la fonction d'enquête entre les mains d'un organe issu de l'exécutif. Corrélativement, les droits de la défense sont reconnus de manière très restrictive.

1) Traduction : « La procédure pénale continentale a orienté ma réflexion. En particulier, l'occasion qui m'a été donné, il y a plusieurs années, d'observer de près tous les aspects du procès pénal français, m'a aidé à envisager des possibilités différentes de celles qui m'étaient familières. Cependant, s'il convient d'adopter un modèle tel que celui que j'ai esquissé, ce n'est pas parce que quelque chose de similaire a fonctionné correctement ailleurs ; c'est ce à quoi aboutissent nos propres principes et notre expérience ».

2) H. Donnedieu de Vabres, *La politique criminelle des États autoritaires*, Sirey, 1938.

3) N. Marie, *Libertés publiques et procès politiques en URSS*, thèse, Paris I, 1985.

## L'enquête est exercée par la partie poursuivante sans contrôle juridictionnel

Ce monopole de la fonction d'enquête apparaît dans la conception des rapports entre le pouvoir exécutif et l'autorité judiciaire et dans l'organisation de la mise en état elle-même.

. Récusant toute indépendance de l'autorité judiciaire, l'URSS et les États autoritaires de l'entre-deux guerres confient le monopole de l'enquête à un organe étatique (la « Prokuratura » en URSS, le ministère public italien du code Rocco de 1930, le « Staatsanwälte » dans la législation allemande de 1934) à l'exclusion de toute initiative privée ou de la défense.

Dans la conception marxiste-léniniste, par exemple, l'État ne connaît pas de séparation des pouvoirs qui ferait de l'autorité judiciaire un organe indépendant du Soviet Suprême, seule autorité apte à représenter le souveraineté du peuple. En vertu de ce principe de l'unité des pouvoirs, les différentes fonctions exercées par les organes administratifs et juridictionnels sont placées sous le contrôle de la « Prokuratura » exerçant sur délégation du Soviet Suprême (le procureur général est nommé par cette instance pour cinq ans) un rôle de ministère public mais aussi de « surveillance générale » de tous les organes chargés de l'application de la légalité socialiste. Cet appareil spécialisé ne se réduit pas à la seule fonction de partie poursuivante au procès mais centralise toutes les activités de mise en oeuvre de la légalité socialiste ce qui suppose, pour les seules fonctions judiciaires, le contrôle de l'enquête mais aussi de la défense, du jugement et de l'exécution des peines (« Le procureur général de l'URSS et les procureurs qui lui sont subordonnés accomplissent les fonctions qui leur sont confiées : [...] 3 - par la surveillance du respect de la légalité dans l'activité des organes d'enquête et d'instruction ; 4 - par la surveillance de la légalité et du bien fondé des décisions pénales, jugements et arrêts ; 5 - par la surveillance de la légalité de l'exécution des décisions pénales », art. 3 du règlement de 1955).

Cette concentration de la fonction d'enquête dans un puissant organe de contrôle au service exclusif de l'intérêt général se retrouve dans tous les États autoritaires de l'entre-deux guerres. Le code pénal italien de 1930, en particulier, consacre à travers les pouvoirs du ministère public la conception fasciste selon laquelle le droit vient de l'État et n'existe que pour l'État. Le monopole du droit ainsi conçu, en face duquel les droits individuels ne peuvent légitimement s'exprimer que s'ils participent à l'intérêt collectif, fait du ministère public investi de très larges pouvoirs une partie « sui generis » au procès pénal.

. Toute l'organisation de la mise en état découle de cette conception qui confie tous les pouvoirs à la partie poursuivante. En France, on en

retrouve la trace dans l'instruction préparatoire issue du code d'instruction criminelle de 1808 qui faisait du juge d'instruction un magistrat doté de la qualité d'officier de police judiciaire et, à ce titre, était subordonné au procureur général. Sur cet homme seul, détenant à la fois des fonctions d'enquête et des fonctions juridictionnelles depuis la suppression de la chambre du conseil en 1856, le parquet avait une emprise croissante : le procureur général le notait, lui demandait une notice bimensuelle sur toutes les affaires en cours et, en cas de pluralité de juges d'instruction dans un même tribunal, pouvait répartir entre eux les affaires soumises à l'instruction.

Les systèmes de l'entre-deux guerres accentuent les pouvoirs du ministère public. Le code italien de 1930 distingue l'*instruction sommaire* où le procureur dirige les poursuites, accomplit les actes de l'enquête (perquisitions, saisies, expertises...), inculpe, place en détention et l'*instruction formelle* diligentée par un juge (le « pretore ») qui peut instruire et juger la même affaire mais reste subordonné au parquet qui peut à tout moment le dessaisir. La procédure élaborée en Allemagne de 1934 à 1938 prévoit de la même manière que le ministère public (« Staatsanwälte ») est le seul maître de l'instruction préparatoire : il dirige l'enquête, procède à l'arrestation, inculpe et décide seul, sans recours, du moment et de la durée de la détention.

Aux termes des « Nouveaux Fondements » de la législation pénale promulgués en URSS en 1958, toute la mise en état du procès pénal est dominée par la « prokuratura ». Celle-ci conduit l'instruction, soit elle même dans les cas jugés les plus graves, soit par l'intermédiaire d'*agents d'instruction*, fonctionnaires appartenant à diverses administrations (ministères de l'intérieur et de la justice, KGB notamment) tous placés sous l'autorité hiérarchique du procureur. Toutes les décisions touchant les droits des individus (détention provisoire, perquisitions, saisies...) ainsi que les choix d'orientation de la procédure (suppléments d'information, non-lieu ou renvoi devant le tribunal) sont pris par la « Prokuratura ».

Tout dans ce système échappe donc à l'autorité judiciaire qui est totalement absente de la mise en état ; les voies de recours sont limitées à la phase ultérieure (système italien) ou réduites à des « réclamations » appréciées par les administrations chargées de l'instruction (système soviétique).

## L'absence de contrôle juridictionnel réduit à l'extrême les droits de la défense

La fonction de défense est résiduelle à ce stade du procès. Quand sont reconnus certains droits à la personne accusée, ils s'exercent non par la



voie judiciaire, mais à l'intérieur d'un cadre exclusivement contrôlé par l'organe chargé de l'enquête.

. La France a connu un tel régime avant le vote de la loi Constans en 1897. Le code d'instruction criminelle avait, en effet, repris les termes mêmes de l'ordonnance de 1670 et n'accordait à l'inculpé que quelques prérogatives : droit d'assister aux perquisitions et saisies faites chez lui et d'être interrogé par le juge d'instruction. Pour le reste, l'instruction restait secrète, même à l'égard de l'inculpé, et non contradictoire. Aucune disposition n'obligeait le juge à notifier à l'inculpé les charges ni ne prévoyait l'assistance d'un conseil au cours de la mise en état.

. Le droit positif soviétique actuel reconnaît à l'inculpé certains droits : connaître les charges qui pèsent sur lui (puisque l'agent d'instruction doit lui signifier l'ordonnance d'inculpation), demander à consulter le dossier, solliciter l'administration de certaines preuves, former des réclamations contre certains actes ; mais ces droits relèvent du pouvoir discrétionnaire du fonctionnaire conduisant l'enquête ou du procureur. Les mesures les plus attentatoires aux libertés, la garde à vue (durée légale maximum de 72 heures) et la détention avant jugement (durée maximum de 9 mois) qui relève de critères imprécis fondés sur « le degré élevé de dangerosité sociale » ou « l'atteinte aux intérêts de l'État », sont entre les mains des organes de la « Prokuratura ». Dotées d'un contenu juridique limité, et exclues, vu l'absence de toute voie de recours, de la compétence de l'autorité judiciaire, ces mesures sont décidées dans le cadre du large pouvoir d'opportunité confié à l'organe étatique chargé de l'enquête.

Quant à l'intervention de l'avocat, le plus souvent exclue de la mise en état du procès, elle n'est possible qu'à la fin de l'instruction. Dans le système soviétique, sauf pour les affaires peu nombreuses, mettant en cause des mineurs ou des incapables où sa présence est obligatoire dès l'inculpation, le conseil ne peut intervenir qu'à partir du moment où est notifiée à l'inculpé la clôture de l'instruction préparatoire (art. 22 des « Nouveaux Fondements ») : la communication du dossier, la possibilité de s'entretenir avec son conseil, le droit de demander des compléments d'enquête librement appréciés par l'agent d'instruction, sont ouverts à l'inculpé sans aucun contrôle juridictionnel. La transmission du dossier d'accusation à l'autorité judiciaire chargée de prononcer le renvoi devant le tribunal ne s'effectue qu'après un examen du dossier par la « Prokuratura » qui peut décider un supplément d'information, le classement de l'affaire ou la transmission du dossier au tribunal.

L'efficacité de la participation de la défense est doublement limitée par des désignations obligatoires d'où le choix de l'inculpé est absent et par une assistance dénuée de pouvoirs autres que des recours de type administratif auprès des services de la « Prokuratura ».

L'idée qui inspire ces dispositions est que l'avocat remplit un office public avant de défendre des intérêts individuels ; si, par exemple, dans

ses rapports avec son client, il recueille des informations nécessaires à la manifestation de la vérité, il est tenu de les porter à la connaissance des autorités compétentes. Au nom de ce principe, la loi règle à la fois la désignation de l'avocat dans les cas où elle est obligatoire, la responsabilité de ce dernier au sein d'organismes disciplinaires contrôlés par l'administration (« advokatura » en URSS, « commissions royales pour l'ordre des avocats » dans l'Italie fasciste) et enfin son éthique professionnelle conçue comme celle d'un auxiliaire de justice soumis à l'intérêt général défini par la législation étatique.

. Quelles que soient les variations possibles à partir du modèle « inquisitoire pur » (parmi les pays socialistes, la Yougoslavie connaît le juge d'instruction et plusieurs pays, comme la RDA ou la Pologne, font intervenir l'autorité judiciaire pour les décisions portant atteinte aux libertés), la mise en état du procès pénal y apparaît soumise à des impératifs de l'enquête définis en dehors de tout contrôle juridictionnel en ce qui concerne tant la défense, mise en oeuvre par une organisation collective sans réelle autonomie, que la partie poursuivante confondue avec l'instrument général de contrôle de la politique de l'État. A elle seule, celle-ci concentre entre ses mains toutes les fonctions différenciées et attribuées à des organes distincts dans les autres modèles : elle poursuit, enquête, prononce les mesures attentatoires aux libertés et la mise en accusation en vue du renvoi devant le tribunal. L'affaiblissement du caractère étatique du système est d'actualité en URSS : un projet de réforme pénale propose l'intervention d'une défense organisée dans un barreau indépendant dès l'arrestation du suspect<sup>1</sup> et certains auteurs soviétiques proposent de remplacer l'agent d'instruction par un véritable juge d'instruction. La volonté de promouvoir l'État de droit conduit en effet à remettre en cause les modalités d'application du principe de l'unité des pouvoirs qui, tel qu'il était appliqué, limitait l'impartialité et l'indépendance des tribunaux.

## Le modèle mixte

Le modèle mixte attribue, comme le modèle inquisitoire pur, la fonction d'enquête à la partie poursuivante à l'exclusion de la défense, mais les droits de la partie poursuivie sont garantis par l'autorité judiciaire dans des conditions qui le rapprochent du modèle accusatoire pur. Ces deux caractères se retrouvent tous à des degrés divers dans plusieurs exemples tirés de l'histoire de la procédure pénale et du droit comparé : le

1) M. Lesage, « L'URSS, vers un État de droit », *Problèmes politiques et sociaux*, n° 597, La Documentation Française.

projet de réforme de l'instruction préparatoire proposé par H. Donnedieu de Vabres en 1949, la mise en état du procès pénal allemand ou portugais contemporain, et le droit positif français seront cités à titre d'exemple. Dans tous ces systèmes, le rôle de la partie poursuivante est limité par l'autorité judiciaire en ce qui concerne la décision de renvoyer l'affaire en jugement ; en revanche, les prérogatives de cette partie quant à la mise en cause des suspects ne sont pas toujours limitées ou contrôlées par l'autorité judiciaire. Chaque système place les droits de la défense sous le contrôle de l'autorité judiciaire et confie à la partie poursuivante la fonction d'enquête, soit totalement comme dans le système allemand, soit partiellement comme dans le système français où elle est exercée aussi par le juge d'instruction. Sans reprendre ici la description complète de ces systèmes procéduraux, il convient d'en retenir les éléments pertinents du double point de vue de l'attribution de l'enquête à la partie poursuivante et des garanties généralement apportées aux droits de la défense par le contrôle juridictionnel.

## De larges pouvoirs d'enquête sont confiés, totalement ou partiellement, à la partie poursuivante

### Premier cas de figure

*Les pouvoirs d'enquête sont exclusivement confiés à la partie poursuivante.*

Les systèmes de droit qui confient à la seule partie poursuivante les fonctions d'enquête privilégient un souci d'efficacité dans la recherche des infractions et de leurs auteurs. Ainsi, afin de réagir contre les abus de l'enquête officieuse et l'impuissance de l'autorité judiciaire face aux pouvoirs de la police, le projet Donnedieu de Vabres proposait en 1949 de confier les fonctions de poursuite et d'enquête pendant l'instruction au ministère public afin « de mettre le droit en accord avec le fait en consacrant sa dépendance à l'égard du pouvoir exécutif ». Ce projet visait ainsi à renforcer l'efficacité de l'instruction en confiant de tels pouvoirs à un « magistrat actif placé à la tête d'une forte hiérarchie, disposant de puissants moyens d'action »<sup>1</sup>.

Le même souci se retrouve dans la réforme de la mise en état allemande telle qu'elle résulte de la loi du 9 décembre 1974 qui supprime le juge d'instruction. Elle fait du parquet le maître de la phase de

1) « La réforme de l'instruction préparatoire », *RSC*, 1949, p. 499.

l'instruction qu'il dirige, non comme une partie au procès, mais comme un « organe autonome d'administration de la justice » chargé de conduire avec objectivité la mise en état du procès pénal. L'essentiel de la réforme est moins dans la suppression du juge d'instruction, qui ne possédait ni le poids historique ni le rôle qualitatif et quantitatif du juge français, que dans la volonté de confier l'instruction à un organe unique et hiérarchisé supposé plus efficace, tout en confiant un certain nombre d'actes à un juge du tribunal cantonal, le juge de l'information. L'évolution législative est tout à fait différente en France et en RFA comme le relèvent MM. Fromont et Rieg : « en France, elle a consisté à mettre fin à la dépendance du juge d'instruction à l'égard du ministère public », en RFA, « elle a plutôt consisté à la renforcer »<sup>1</sup>.

Il est ainsi reconnu au ministère public un large pouvoir d'opportunité dans la conduite de l'information pour toutes les questions qui ne touchent pas aux libertés fondamentales. En droit allemand, une partie importante des pouvoirs d'enquête appartenant à la partie poursuivante (la décision de poursuite, la mise en cause, la plupart des actes d'enquête) ne sont soumis à aucun contrôle judiciaire. De plus, les pouvoirs du parquet peuvent être étendus par le jeu des « compétences d'urgence » (« Eilkompetenz ») ; le parquet se substitue alors au juge en matière de saisies, perquisitions et écoutes téléphoniques, sous réserve d'un contrôle de légalité de l'exercice de cette compétence par le juge, effectué seulement à la demande de l'intéressé (sur la nature, la durée et les effets de l'acte).

Plus nettement, le projet Donnedieu de Vabres donnait au ministère public compétence pour exercer tous les actes d'instruction (perquisitions et saisies, interrogatoires, auditions de témoins, expertises) y compris les actes de privation de liberté et ne laissait au juge que des pouvoirs judiciaires limités (demandes de mise en liberté, règlement des incidents contentieux, clôture de l'information).

## Deuxième cas de figure

*La fonction d'enquête est confiée non seulement à la partie poursuivante mais aussi à un juge.*

Dans le code de procédure pénale français, la police, dite d'ailleurs « judiciaire », a reçu de la loi le pouvoir et la charge « de constater les infractions à la loi pénale, d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les auteurs tant qu'une information n'est pas ouverte » (art. 14 du CPP). Les pouvoirs d'investigation qui lui sont ainsi confiés dans le

1) Fromont et Rieg, « Introduction au droit allemand », tome 2, *Droit public — droit pénal*, Cujas, 1984, p. 362.

cadre de l'enquête préliminaire sont exercés sur instruction ou, à tout le moins, sous la surveillance du parquet (art. 75 du CPP).

Mais, lorsque le parquet requiert l'ouverture d'une information le pouvoir d'enquête se trouve alors confié au juge d'instruction et, si la police continue son travail d'investigation, c'est sous la direction du juge d'instruction et en exécution de ses commissions rogatoires (art. 14 et 81 du CPP). Le pouvoir d'enquête dans le système français se trouve donc partagé entre la police, le parquet et le juge d'instruction, ce dernier se trouvant ainsi exercer des fonctions non seulement de juge mais aussi d'enquêteur.

Les pouvoirs d'investigation des policiers sont considérables : entendre toute personne qui leur paraît utile à la manifestation de la vérité et dresser de ces auditions des procès-verbaux susceptibles d'être opposés à la personne poursuivie à tout moment de la procédure, enfin, garder à vue un individu lorsque cela leur paraît nécessaire pour la progression de l'enquête pendant un délai qui, en règle générale, est de 24 heures renouvelable une fois.

Les pouvoirs dont dispose le juge d'instruction sont infiniment plus larges. S'étant vu confier par la loi le pouvoir de « procéder à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité » (art. 81 du CPP), il peut en effet interroger témoins et inculpés, dresser procès-verbal de leur audition, procéder à des perquisitions et saisies, ordonner des écoutes téléphoniques, décerner des mandats d'amener ou d'arrêt, procéder à des inculpations, soumettre l'inculpé à un contrôle judiciaire et même ordonner son placement en détention provisoire. De telles compétences ne laissent aucun pouvoir d'enquête à la défense : l'avocat d'un inculpé n'a aucun droit de procéder à des investigations, ni de contraindre un juge d'instruction à effectuer des investigations auxquelles celui-ci se refuse. Il peut seulement faire appel de certaines ordonnances.

## Les droits de la défense sont inégalement garantis par le contrôle juridictionnel exercé au cours de la mise en état

Quelle que soit sa dénomination, le juge (« juge de l'information » dans le système allemand, « juge de l'instruction » dans le projet Donnedieu de Vabres, « juge d'instruction » français dans ses attributions juridictionnelles) intervient le plus souvent pour protéger les droits de l'inculpé, mais avec des pouvoirs variables selon le système envisagé.

## **Dans le projet Donnedieu de Vabres**

Les pouvoirs juridictionnels du juge de l'instruction étaient très réduits. Il était destinés à sauvegarder les libertés, notamment en statuant sur les demandes de mise en liberté à tout moment de l'instruction et en prononçant la décision de clôture, ces deux décisions étaient susceptibles d'appel. Toutes les autres décisions étaient prises par le parquet: perquisitions et saisies, mandats de comparution, de dépôt ou d'arrêt.

## **Dans le droit positif français issu du code de procédure pénale de 1958**

Les garanties juridictionnelles accordées à la défense restent encore limitées. Trois raisons peuvent expliquer cette situation.

. *L'intervention de la défense est tardive et limitée.*

Les avocats ne peuvent intervenir au stade de l'enquête préliminaire. Les personnes entendues, quelles que soient les charges qui pèsent sur elles, se trouvent seules devant la police, notamment pendant la garde à vue. elles ne bénéficient d'aucune assistance lors de leurs auditions et lorsque sont dressés les procès-verbaux qui leur seront opposés tout au long de la procédure. Les policiers peuvent recueillir les déclarations d'une personne contre laquelle pèsent des charges importantes sans grand risque de voir annuler la procédure.

Lorsqu'une information est ouverte, l'article 105 du CPP prévoit qu'en la circonstance, la nullité n'est encourue que s'il a été procédé à des auditions dans le dessein de faire échec aux droits de la défense. En outre, le juge d'instruction peut recevoir des déclarations de l'inculpé dès sa première comparution, avant même que celui-ci ait désigné un avocat ou ait même été averti qu'il pouvait en faire désigner un d'office (art. 114 du CPP).

La procédure n'est en principe mise à la disposition de l'avocat que deux jours avant l'interrogatoire (art. 118 du CPP) ; bien que cette règle soit rarement appliquée, elle revient souvent à interdire à l'inculpé et à son conseil d'avoir une réelle connaissance du dossier et des charges qu'il contient, notamment pour les dossiers complexes.

Les hypothèses où un droit de recours peut être exercé sont limitées : décision sur la compétence, refus d'informer, placement en détention provisoire, refus de mise en liberté, prolongation de la détention, désignation d'experts...

. *L'intervention du juge d'instruction a pour effet de mettre en accusation la personne poursuivie.*

Il prend à ce titre deux décisions :

- l'inculpation, c'est-à-dire le moment où une personne devient défendeur à la procédure ;
- l'ordonnance de renvoi devant la juridiction de jugement prononcée en fin d'instruction lorsque le juge estime que se trouvent rassemblés des éléments de culpabilité.

Ces deux décisions sont prises sans que soit organisé préalablement un débat au cours duquel il serait contradictoirement débattu par l'accusation et la défense des charges pesant sur la personne poursuivie. Elles ne sont par ailleurs susceptibles d'aucun recours.

Bien qu'elles ne préjugent pas de la culpabilité effective de la personne poursuivie qui pourra être relaxée par la juridiction de jugement, ces décisions sont perçues par le public comme le signe certain de la culpabilité de la personne poursuivie. Cela est particulièrement vrai des inculpations qui sont régulièrement annoncées et commentées dans la presse.

. Enfin, à la différence de ce qu'on observe dans les pays anglo-saxons, *le droit français ne privilégie aucunement la preuve orale, contradictoire, débattue à l'audience.*

Bien au contraire, les procès-verbaux rassemblés dans le dossier d'instruction sont considérés, de fait, comme ayant une valeur probante importante. Et ce même s'il s'agit de procès-verbaux relatifs aux déclarations d'un témoin entendu non contradictoirement (et sans que le faux témoignage puisse être sanctionné à ce stade) ou d'un suspect interrogé après plusieurs heures de garde à vue. Parce qu'une valeur probante est attachée à ces procès-verbaux, l'intégralité du dossier d'instruction est transmis à la juridiction de jugement et, sauf en matière criminelle, il est exceptionnel que des témoins soient entendus devant la juridiction de jugement.

## **Dans les autres systèmes européens continentaux**

La place faite à la défense y paraît plus importante. En effet, l'assistance de l'avocat est généralement prévue dès l'enquête de police.

En Allemagne, par exemple, dès qu'une personne est soupçonnée et interrogée par la police ou le parquet, elle a le droit d'être assistée d'un conseil. En l'absence de notion formelle d'inculpation, la défense peut donc intervenir très tôt, dès l'arrestation du prévenu, laquelle ne peut excéder 12 heures. Depuis la réforme de 1974, le prévenu doit comparaître devant le procureur mais peut toujours exiger d'être entendu par le juge. Dans l'un ou l'autre cas, on lui notifiera l'équivalent de l'inculpation du droit français, c'est-à-dire les faits qui lui sont reprochés et les dispositions pénales y afférant ; à cet instant, le prévenu est à

nouveau averti qu'il est libre de déposer ou non et qu'il peut encore faire le choix d'un avocat.

Au cours de l'information, la compétence du juge allemand s'étend à toutes les décisions qui concernent les libertés (perquisitions, saisies...). Les décisions relatives à la détention provisoire relèvent du seul juge (paragraphe 114 al. 1 du CPP allemand) et obéissent à des conditions légales (existence de sérieux soupçons, risque de fuite du suspect ou d'obscurcissement de l'affaire, gravité de l'acte, danger de récidive) et au principe de proportionnalité étranger au droit français (une telle mesure ne peut être ordonnée si elle est « hors de proportion avec l'importance de l'affaire et avec la peine ou la mesure de rééducation et de sûreté à laquelle il y a lieu de s'attendre », § 112 du CPP allemand). A cet égard, il faut rappeler que la notion de trouble à l'ordre public justifiant le placement en détention provisoire, ajoutée au code de 1935 par la réforme nationale-socialiste de la procédure pénale, a été supprimée en 1945.

Ce constat relatif aux garanties juridictionnelles doit néanmoins être nuancé. Le code allemand comporte des restrictions importantes à l'égard des droits de la défense puisque le parquet peut refuser la communication du dossier ou exclure le conseil de certains actes de l'information, sans recours possible, s'il estime que cela peut « compromettre le déroulement de l'enquête ». En pratique, selon certains auteurs<sup>1</sup>, le renforcement des prérogatives du parquet se serait fait au profit de la police, maîtresse de fait de la procédure d'instruction. Mais certains magistrats contestent cette analyse et considèrent que le parquet exerce pleinement et jalousement ses attributions.

Les critiques majeures adressées au projet Donnedieu de Vabres lors d'une consultation des cours d'appel réalisée en 1949 exprimaient une crainte analogue. Elles notaient les risques d'atteintes aux libertés individuelles que comportait l'attribution de la conduite de l'information à un organe dénué de toute indépendance. La réforme aboutissait à renforcer les pouvoirs de la police, résultat inverse de celui qu'elle souhaitait provoquer. Il paraissait à beaucoup inadmissible que le pouvoir exécutif eût ainsi la maîtrise de l'information.

1) « Très souvent, la police procède aux investigations de façon autonome et n'envoie le dossier au ministère public qu'après sa clôture ; le procureur n'a plus alors qu'à décider le classement de l'affaire ou l'exercice de la poursuite ».  
Fromont et Rieg, « Introduction au droit allemand », op. cit., p. 361.



## Deuxième partie

# Questions-clés

Il s'agit de l'inventaire, non exhaustif, des questions qui, à l'épreuve des nombreuses auditions tenues de janvier à juin 1989, sont apparues à la Commission comme les plus sensibles et les plus discutées.

Elles sont présentées ici, à partir d'un bref rappel du droit en vigueur et parfois d'exemples étrangers, de façon à montrer les difficultés et les solutions possibles, mais sans prendre parti, au stade de ce rapport préliminaire, sur les solutions qui ne pourront être proposées qu'au regard des principes fondamentaux dégagés ci-dessous (troisième partie).

## Les enquêtes de police

Davantage peut-être que toute autre au cours de la mise en état du procès pénal, la phase des enquêtes illustre parfaitement toute la difficulté qui préside à l'obtention d'un juste équilibre entre les pouvoirs qui, dans un souci d'efficacité, doivent être dévolus aux autorités chargées de faire respecter l'ordre public et les droits fondamentaux qui, dans une démocratie, doivent être garantis aux personnes.

Dans le système français sont qualifiées d'enquêtes les procédures antérieures à la saisine des juridictions compétentes, consistant à rassembler les premiers éléments de preuve concernant une infraction et destinées à éclairer le procureur de la République au stade de l'engagement des poursuites et de l'orientation judiciaire des procédures.

Ces enquêtes sont l'oeuvre de la police judiciaire qui agit toutefois sous la direction du procureur de la République et la surveillance du procureur général. Elles constituent ce que certains peuvent appeler la phase policière - par opposition à la phase judiciaire - de la mise en état du procès pénal.

Le code de procédure pénale, dans son titre deuxième (Des enquêtes et des contrôles d'identité), ne donne pas de définition des enquêtes mais traite séparément des « crimes et délits flagrants » et « de l'enquête préliminaire ».

Il énumère les actes de recherche des preuves que les services de police judiciaire peuvent accomplir, seuls ou avec l'autorisation du procureur de la République, et précise les conditions de forme et de fond qui doivent être observées.

Peuvent être rapprochées de ces enquêtes, les investigations menées par la police judiciaire sur délégation du juge d'instruction au cours de la phase judiciaire de la mise en état du procès pénal.

Les officiers de police judiciaire commis par le juge d'instruction accomplissent en effet, sous la direction de ce dernier, certains actes de recherche de même nature que ceux auxquels ils procèdent dans le cadre d'une enquête.

Ces enquêtes ou investigations, dont on peut souligner qu'elles sont secrètes, écrites, non contradictoires et plus ou moins coercitives font l'objet de critiques, particulièrement à travers certains des pouvoirs dévolus à ceux qui les diligentent.

Ces critiques, telles qu'elles ressortent notamment des auditions de magistrats et d'avocats, portent généralement sur l'inexistence des droits de la défense au cours des enquêtes et plus particulièrement sur l'insuffisance des garanties en cas de garde à vue : absence d'avocat, d'assistance médicale obligatoire dès le placement en garde à vue, dévolution aux officiers de police judiciaire et non aux autorités judiciaires de la décision de placement en garde à vue, absence de toute information relative aux droits des personnes gardées à vue.

Il est vrai que la mesure de garde à vue, qui est prévue dans le cadre de l'enquête de flagrance, de l'enquête préliminaire et des investigations sur commission rogatoire, constitue, malgré le formalisme légal qui préside à sa mise en oeuvre, l'acte le plus attentatoire aux libertés de tous ceux qui peuvent être accomplis par la police.

De même, les interceptions téléphoniques auxquelles peut procéder la police, même sur ordre des autorités judiciaires, constituent une violation du droit au respect de la vie privée qui ne trouve pas de fondement dans un texte spécifique.

## La garde à vue

Cette mesure est prévue dans le cadre des trois types d'enquête<sup>1</sup> sur décision des officiers de police judiciaire et fait l'objet d'une réglementation minutieuse.

Toutefois, ce formalisme légal n'est pas sanctionné expressément à peine de nullité et la jurisprudence considère qu'il n'y a nullité que s'il est démontré que la recherche et l'établissement de la vérité s'en sont trouvés viciés fondamentalement<sup>2</sup>.

### Durée de la garde à vue

La durée normale prévue par le code de procédure pénale est de 24 heures renouvelable une fois. Toutefois, cette durée peut-être plus longue en matière de stupéfiants (art. L. 627-1 du code de la santé publique) ou de terrorisme (art. 706-23 du CPP) (voir infra).

### Placement en garde à vue

La décision de placement en garde à vue relève dans les trois sortes d'enquêtes de la seule appréciation de l'officier de police judiciaire.

La rédaction du code de procédure pénale s'avère plus précise pour l'enquête de flagrance (article 63 qui renvoie aux articles 61 et 62 relatifs aux personnes auxquelles il a été fait défense de s'éloigner ou qui sont susceptibles de fournir des renseignements sur les faits ou sur les objets ou documents saisis) que pour l'enquête préliminaire ou sur commission rogatoire (articles 77 ou 154 visant toute personne sans précision).

Dans tous les cas, un témoin peut être placé en garde à vue, aucune distinction n'étant faite entre le simple témoin et le suspect.

La différence la plus importante, à ce stade, entre les différents types d'enquêtes tient à ce qu'en l'absence de moyen pour contraindre une personne à comparaître dans le cadre de l'enquête préliminaire<sup>3</sup>, il est

1) Enquête de flagrance : art. 60 à 65 du CPP.

Enquête préliminaire : art. 77 et 78 du CPP.

Investigations sur commission rogatoire : art. 154 du CPP.

2) Cass. Crim. 15 et 22 octobre 1959, Bull. n° 435 et 457.

Cass. Crim. 17 mars 1960, Bull. n° 156, JCP, 1960 II 11 641.

Cass. Crim. 10 octobre 1968, Bull. n° 252, JCP, 1969 II 15 741.

Cass. Crim. 21 octobre 1980, D. 1981, 104.

3) Les articles 62 et 153 du CPP relatifs à l'obligation de comparaître, au besoin par la force publique, sur décision du procureur de la République ou du juge d'instruction, ne sont pas applicables à l'enquête préliminaire.

admis que la décision de placement en garde à vue suppose que l'intéressé se soit mis volontairement à la disposition de la police.

### **Prolongation de la garde à vue**

La décision de prolongation de la garde à vue appartient, selon les cas, au procureur de la République ou au juge (juge d'instruction, président du tribunal ou juge délégué par lui).

Là encore, la rédaction du code de procédure pénale s'avère plus précise pour l'enquête de flagrance que pour l'enquête préliminaire ou sur commission rogatoire : les conditions posées par la loi au renouvellement de la garde à vue dans l'enquête de flagrance apparaissent théoriquement plus protectrices.

En effet, en flagrance, l'article 63 précise que peuvent seules faire l'objet d'une décision de prolongation de la garde à vue les personnes à l'encontre desquelles existent des indices graves et concordants de nature à motiver une inculpation, alors qu'en enquête préliminaire ou sur commission rogatoire le renouvellement de la garde à vue n'est pas subordonné par les articles 77 et 154 à cette condition.

Au surplus, dans tous les cas, la prolongation peut être accordée sans que la personne soit conduite devant le procureur de la République ou le juge d'instruction, sous la seule condition - dont on peut dire qu'elle est formelle - que cette dérogation au principe de la présentation physique de la personne reste exceptionnelle, en cas d'enquête préliminaire ou sur commission rogatoire.

Enfin, il convient de rappeler qu'en matière de stupéfiants, l'article L. 627-1 du code de la santé publique prévoit qu'en flagrance comme en préliminaire, le procureur de la République peut accorder, à l'issue des premières 24 heures de garde à vue, une prolongation pour 48 heures, puis, à l'issue de cette période, une seconde prolongation pour 24 heures.

De même, en matière de terrorisme, quel que soit le cadre juridique de l'enquête, l'article 706-23 du code de procédure pénale déroge au droit commun en prévoyant qu'à l'issue des premières 24 heures de garde à vue, le président du tribunal de grande instance peut, sur requête du procureur de la République, décider d'une prolongation pour 48 heures.

## Les écoutes téléphoniques judiciaires

Ces mesures ne peuvent être ordonnées dans le cadre de l'enquête préliminaire<sup>1</sup>.

Elles sont exécutées par la police judiciaire sur ordre :

- soit du juge d'instruction dans le cadre d'une information en application de l'article 81 du code de procédure pénale ;
- soit du procureur de la République dans le cadre d'une procédure de flagrant délit sur la base des textes permettant les perquisitions et saisies.

### En droit interne

Dans le premier cas, la légalité des écoutes téléphoniques a été consacrée par un arrêt du 9 octobre 1980 de la chambre criminelle de la Cour de Cassation<sup>2</sup> ; elles sont aujourd'hui assez fréquemment pratiquées.

Dans le second cas, la légalité des écoutes - dont on peut souligner qu'elle est discutable - est fondée sur un raisonnement par analogie avec la saisie des correspondances écrites ; elles ne sont pratiquées que très exceptionnellement, en cas d'urgence et pour des faits très graves (enlèvements de personnes, chantage).

### En droit européen

L'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, tel que l'interprète la Cour de Strasbourg<sup>3</sup>, admet la pratique des écoutes à condition qu'elles soient prévues par la loi et strictement réglementées quant à leur domaine d'application et leurs modalités d'exécution.

Contrairement à de nombreux pays d'Europe occidentale (RFA, Autriche, Pays-Bas, Suède) qui ont déjà mis leur législation en harmonie avec les dispositions de la Convention européenne et se sont ainsi mis à l'abri d'éventuels recours individuels devant la Cour européenne, la France ne dispose pas encore d'une réglementation spécifique en ce domaine.

1) Certaines pratiques se sont néanmoins instaurées, récemment condamnées par la Cour de Cassation : Cass. Crim. 13 juin 1989, affaire Derrien, Bull. n° 254.

2) Affaire Tournet, Bull. n° 255 ; voir aussi Cass. Crim. 23 juillet 1985, affaire Kruslin, Bull. n° 275.

3) Arrêts Klass et autres c/ RFA du 6 septembre 1978 et Malone c/ RU du 2 août 1984.

## Les enquêtes en droit comparé

Le régime des enquêtes de police est différent selon que les pays connaissent ou non un système de Common Law.

### **Dans les systèmes de Common Law (Etats-Unis, Royaume-Uni, Canada)**

S'agissant par exemple des perquisitions, l'amendement 4 de la Constitution des États-Unis dispose que la police ne doit effectuer de visites domiciliaires que « pour une cause plausible » et avec l'approbation d'un juge. Cette autorisation du pouvoir judiciaire est également requise au Canada (articles 178-3 et 443 du code criminel).

Aux États-Unis toutefois, la Cour Suprême admet aujourd'hui la validité des perquisitions opérées avec le seul consentement « volontaire » de l'intéressé.

Quant au système en vigueur en Angleterre et en Irlande du Nord, la police doit solliciter le consentement du juge pour effectuer une perquisition.

Il en est de même pour le « procureur fiscal » qui, en Écosse, a la charge de la poursuite.

En ce qui concerne la garde à vue et l'interrogatoire, les pays de Common Law connaissent également des limites précises.

C'est ainsi que les États-Unis, par le biais des amendements 4 et 5, subordonnent la privation de liberté, même brève, à l'existence d'une cause plausible, c'est-à-dire de critères objectifs selon les termes de la Cour Suprême.

Au cours de cette privation de liberté, le prévenu a droit à l'assistance d'un conseil, la police étant d'ailleurs tenue de l'avertir de ce droit. Depuis 1968 cependant, la Cour Suprême autorise les privations de liberté « momentanées », en l'occurrence la fouille des personnes réputées dangereuses. En cas de détention arbitraire, il est loisible à la personne interpellée d'invoquer la procédure de l'habeas corpus.

Au Canada, le terme même d'interrogatoire est banni du vocabulaire policier. La police se borne en effet à un « entretien » avec le suspect, entretien qui ne donnera pas lieu nécessairement à un procès-verbal et ne pourra en principe servir de preuve contre la personne suspectée. Dans les cas de flagrant délit, la police peut effectuer une arrestation sans mandat mais l'accusé bénéficie alors d'un conseil.

L'arrestation, au Royaume-Uni, donne lieu à un contrôle a posteriori du juge et à l'assistance d'un conseil.

Quant aux délais de garde à vue, ils ne peuvent excéder vingt-quatre heures au Canada, vingt-quatre ou trente six heures en Angleterre et six heures en Écosse.

### **Dans d'autres systèmes en vigueur en Europe (RFA, Italie, Portugal)**

Des pouvoirs importants y sont accordés au parquet et à la police en matière de recherche des preuves. A l'exception du Portugal, le rôle du juge d'instruction dans cette procédure est quasiment inexistant. Il faut cependant noter l'existence d'un contrôle a posteriori confié le plus souvent à des juges ad hoc.

En RFA, la phase de l'enquête est depuis 1974 assurée par la police sous l'autorité du parquet. Celui-ci dirige ainsi d'un bout à l'autre cette enquête en tant qu'« organe autonome d'administration de la justice ». Dès qu'un suspect est interrogé par la police, il est assisté d'un conseil ; la garde à vue ne peut excéder vingt-quatre heures.

En ce qui concerne les actes de l'information qui touchent aux libertés fondamentales (perquisitions, saisies, placements en détention...), il appartient au « juge de l'information » d'apprécier l'opportunité de la décision.

En Italie, la procédure est à peu près similaire. Réglées par le tout nouveau code de procédure pénale, les différentes phases de l'enquête sont confiées au parquet et à la police seuls, le « juge de l'enquête préliminaire » n'intervenant que pour les mesures coercitives : détention provisoire, contrôle judiciaire...

La garde à vue ne doit pas dépasser quarante-huit heures. En tout état de cause, la durée de l'enquête ne peut excéder six mois à compter de l'identification du suspect ; elle peut toutefois être prolongée jusqu'à dix-huit mois, voire deux ans, dans le cas d'affaires compliquées.

Enfin, au Portugal, depuis le décret-loi du 17 février 1987, l'enquête est du ressort du ministère public sous le contrôle du juge d'instruction. Certains actes sont effectués directement par ce dernier : perquisitions spéciales, placements en détention...

Dès le stade de l'enquête, l'inculpé a droit à l'assistance d'un avocat.

## **Questions**

### **Régime des enquêtes**

Faut-il maintenir deux régimes distincts pour l'enquête de flagrance et l'enquête préliminaire ?

## **Garde à vue**

Faut-il subordonner le placement en garde à vue à des conditions de fond ?

Qui doit décider du placement en garde à vue ?

Quelle doit être la durée de la garde à vue ?

De quels droits doit disposer la personne gardée à vue (droit d'être informée des motifs de l'arrestation, droit au silence, à l'assistance d'un avocat...) et faut-il l'en avertir ?

## **Écoutes téléphoniques**

Faut-il une réglementation spécifique pour les écoutes téléphoniques ? laquelle ?

## **Nullités**

Faut-il prévoir l'édition de nullités textuelles pour sanctionner le non-respect des règles protégeant les libertés individuelles en matière d'enquête ?

## **L'inculpation**

Il n'existe pas de définition légale de l'inculpation en droit français.

Or, l'inculpation marque le moment où, par décision d'un magistrat, une personne devient défendeur à la procédure.

Elle permet de prendre, à l'égard de cette personne, des mesures coercitives, mais elle assure simultanément sa protection par l'exercice reconnu des droits de la défense.

Elle est prononcée par le juge d'instruction qui, depuis le code de procédure pénale de 1958, est une « juridiction d'instruction du premier degré », mais l'inculpation n'est pas motivée, elle n'est pas susceptible d'appel. Elle est parfois implicite. Elle se déduit inéluctablement de certains actes du juge comme la délivrance de mandats ou l'interrogatoire de première comparution.

Mais, l'inculpation est très liée à l'acte de poursuite, puisqu'en cas de réquisitoire contre personne dénommée pris par le parquet, l'inculpation est obligatoire, sauf pour le juge à refuser d'informer, s'il estime que les



faits ne peuvent légalement justifier une poursuite ou sont insusceptibles d'une qualification pénale, ou à rendre une ordonnance de non-lieu sans procéder à aucune audition de la personne dénommée. Dans ces deux cas, il rendra donc une ordonnance motivée dont le parquet pourra interjeter appel.

Ainsi, le refus d'inculpation conduit nécessairement à une décision juridictionnelle motivée et susceptible de recours, ce qui n'est pas le cas de l'inculpation.

La raison qui a toujours été donnée de cette contradiction repose sur le fait que l'inculpation ne porterait pas atteinte à la présomption d'innocence et ne préjudicierait donc pas à l'inculpé.

Pourtant, l'inculpation fait peser un poids sur celui qui en est l'objet (Culpa, la faute) : on lui impute une infraction ou, plus juridiquement, selon les termes de l'article 105 du code de procédure pénale, on peut estimer que le juge constate l'existence à son encontre d'« indices graves et concordants de culpabilité ».

En supprimant la disposition de l'article 104 du code de procédure pénale, qui permettait à une personne visée par une plainte avec constitution de partie civile (c'est-à-dire accusée par un particulier), d'être inculpée volontairement, le législateur semble n'avoir conservé que cette conséquence unique. Une personne inculpée est une personne contre laquelle un juge a estimé qu'il existait des « indices graves et concordants de culpabilité ».

Or, s'agissant de la culpabilité, le but de l'information est de déterminer s'il existe des charges suffisantes pour renvoyer l'inculpé devant une juridiction de jugement, qui ne peut condamner que sur des preuves.

La subtile distinction entre les indices, les charges et les preuves, déjà délicate pour un juriste, échappe totalement à l'opinion publique qui assimile l'inculpation à la culpabilité.

Aussi, l'inventaire de termes proposés pour tenter de remédier à cette assimilation, ne semble pas à lui seul pouvoir résoudre la question.

En fait, il faut bien le constater, tout se passe comme si l'inculpé était un présumé coupable.

Depuis très longtemps, était réclamée par de nombreux praticiens la création d'une catégorie intermédiaire, le « témoin assisté », qui pourrait se défendre alors qu'il est visé dans une plainte avec constitution de partie civile. C'est chose faite depuis la loi n° 87-1062 du 30 décembre 1987 (art. 104 du CPP). Il est évidemment trop tôt pour juger des effets de cette réforme, mais immédiatement, les praticiens se sont trouvés en face de difficultés liées à l'appréciation par le juge du moment où l'on passe du stade des accusations portées par un particulier à celui des indices graves et concordants.

L'inculpation par le juge est directement liée à notre système de procédure, qui veut que, dans le cours de l'instruction préparatoire, le défendeur se trouve directement soumis aux investigations d'un juge qui l'interroge. Dans les systèmes anglo-saxons, en revanche, les investigations se déroulent en dehors du juge. Celui-ci n'intervient que pour donner certaines autorisations et prendre le cas échéant des mesures de sûreté ; les droits de la défense étant reconnus dès que le policier qui a un soupçon veut procéder à un interrogatoire.

D'autres systèmes européens, comme les systèmes allemand, portugais, espagnol ou italien, ignorent la notion formelle d'inculpation, mais dès qu'une personne soupçonnée est interrogée par la police elle a droit à l'assistance d'un avocat.

Les associations de magistrats entendues envisagent des solutions très diverses. Les magistrats instructeurs (Association Française des Magistrats chargés de l'Instruction) souhaitent conserver tel quel le système actuel, en proposant d'interdire à la presse de divulguer le nom des personnes inculpées. L'Association Professionnelle des Magistrats propose de conférer au parquet les pouvoirs du juge d'instruction, sauf pour les mesures coercitives. L'Union Syndicale des Magistrats estime que l'inculpation constitue un point de passage obligé et envisage la possibilité de donner un conseil au témoin. Le Syndicat de la Magistrature souhaite la présence de la défense dès l'enquête policière.

La position des avocats varie aussi, sur la nécessité de la présence de l'avocat dans la phase policière, c'est-à-dire avant l'inculpation. Surtout, ils posent le problème du caractère non-contradictoire et insusceptible de recours de cette décision judiciaire qu'est l'inculpation. Certains demandent de lui conférer une véritable valeur de décision de justice, en la rendant publique, ou en prévoyant des voies de recours.

Mais, si la notion d'inculpation est critiquée, la non-inculpation l'est aussi.

L'article 105 du code de procédure pénale, tel que l'avait voulu le législateur de 1958, imposait l'inculpation dès qu'existaient des « indices graves et concordants de culpabilité » ; mais l'ordonnance du 12 février 1960, en exigeant, pour sanctionner une inculpation tardive, que la prolongation de l'audition comme témoin soit faite « dans le dessein de faire échec aux droits de la défense », a vidé la prescription de toute forte contraignante.

Ainsi, même lorsqu'une information est ouverte, on peut dire qu'il est possible d'entendre comme témoins des personnes, alors que de sérieuses présomptions existent à leur égard, la Cour de Cassation refusant d'annuler de telles dépositions faites après des aveux circonstanciés, ou en présence d'indices matériels.

## Questions

A quelles conditions de fond et à quel moment devient-on défendeur au procès pénal et plus particulièrement lors de la phase de mise en état ?

Qui le demande et qui en décide ?

Quelle est la nature de la décision et à quelles conditions de forme est-elle soumise ?

Quelles en sont les conséquences ?

## La détention provisoire

Le rapport de la Commission sur la détention provisoire, remis au Garde des Sceaux en octobre 1988, a formulé, à partir du constat d'une situation préoccupante et du rappel des principes « supra-législatifs », plusieurs propositions destinées :

- à modifier le régime de la détention provisoire ;
- à renforcer les mesures d'accompagnement, dans la perspective d'une réforme d'ensemble de la procédure d'instruction et d'une harmonisation des recours judiciaires en matière de libertés publiques.

Pour l'essentiel, les dispositions contenues dans la loi n° 89-461 du 6 juillet 1989 modifiant le code de procédure pénale et relative à la détention provisoire, procèdent de ce rapport sans en épuiser le contenu :

- enquête sociale avant décision de placement en détention ;
- motivation des ordonnances rendues en matière de détention provisoire ;
- limitation de la durée de la détention provisoire (notamment pour les mineurs) ;
- procédure d'examen des demandes de mise en liberté par la chambre d'accusation (comparution personnelle de l'inculpé et publicité des débats) ;
- ajournement du prononcé de la peine avec mise à l'épreuve.

Les liens, nécessairement étroits, entre la procédure d'instruction et la détention provisoire font que, malgré l'adoption des dispositions contenues dans la loi du 6 juillet 1989, toute réflexion sur notre système d'instruction pénale doit aussi porter sur la détention provisoire.

Nécessaire à l'efficacité de la répression, la détention provisoire doit être exceptionnelle, dès lors qu'elle implique l'incarcération, avant jugement définitif, d'une personne présumée innocente.

C'est ainsi que selon l'article 137 du CPP :

- le principe est la liberté (« l'inculpé reste libre »...);
- la restriction principale est le placement sous contrôle judiciaire (... « sauf, à raison des nécessités de l'instruction ou à titre de mesure de sûreté, à être soumis au contrôle judiciaire »...);
- l'exception est la détention provisoire (... « ou à titre exceptionnel, placé en détention provisoire selon les règles et conditions énoncées ci-après »...).

Or, la pratique est bien différente : le nombre des mises en détention provisoire est d'environ la moitié de celui des inculpations ; quant au contrôle judiciaire initial, il concerne seulement un peu plus du dixième des inculpés (voir infra p. 51). D'où la nécessité d'une analyse plus fine du phénomène et de ses causes, ainsi que du contexte plus général dans lequel il se situe.

Il est cependant important de préciser deux approches qui sont fréquemment confondues et, de ce fait, source de malentendus.

La première approche consiste à apprécier l'importance des décisions de placement en détention provisoire par les juges d'instruction au regard des inculpations.

Le pourcentage des mandats de dépôt décernés par rapport au nombre total de personnes inculpées par les juges d'instruction demeure particulièrement élevé (47 % en 1984, 44 % en 1988) malgré la progression du recours au contrôle judiciaire (voir infra p. 51).

La seconde approche porte sur la durée : la durée moyenne de la détention provisoire qui était de 2,7 mois en 1977 passait à 3,8 mois en 1987 (soit une augmentation en dix ans de plus de 40 %).

Cette progression est-elle la conséquence d'informations plus longues, ou bien du maintien plus fréquent en détention provisoire jusqu'à la saisine de la juridiction, ou bien enfin du cumul de ces deux motifs ?

S'il n'est pas possible d'apporter une réponse précise à cette question faute d'analyse recoupant durée de la détention provisoire et durée de l'instruction, l'annuaire statistique du ministère de la justice pour l'année 1987 conduit à considérer qu'il existe une augmentation de la durée des informations.

En effet, en 1977 les juridictions d'instruction étaient saisies de 66 817 affaires nouvelles et le stock d'affaires anciennes au 1<sup>er</sup> janvier s'élevait à 48 019, alors qu'au 1<sup>er</sup> janvier 1987, le stock d'affaires anciennes était de 59 685 (+24 %) et que, à l'inverse le nombre d'affaires nouvelles n'était plus, pour 1987, que de 61 143 (-8 %).

La situation de la France se caractérise par un « taux de détention provisoire » particulièrement élevé avec 38 prévenus pour 100 000 habitants au 1<sup>er</sup> janvier 1988 alors que de nombreux pays de dimension comparable ont des taux beaucoup plus bas (environ 20 pour 100 000 en

Autriche, RFA, Royaume-Uni, moins de 15 pour 100 000 en Suède, Norvège et Pays-Bas). Seul le Luxembourg a un taux plus élevé avec 39 pour 100 000 habitants.

Les systèmes législatifs étrangers font apparaître pour l'essentiel, dans les pays où le taux est plus faible, un encadrement juridique plus restrictif.

Ainsi, la référence au trouble causé à l'ordre public est-elle absente de la majorité de ces législations en tant que motif pouvant être invoqué comme fondement de la détention provisoire.

Les motifs que l'on trouve le plus fréquemment se limitent aux risques de fuite, de réitération de l'infraction, de collusion, de destruction de preuve et parfois à la nécessité de protéger l'inculpé ou de compléter l'enquête.

La commission avait procédé à l'audition de représentants de nombreuses organisations et de personnalités dont la liste figure en annexe du rapport sur la détention provisoire rédigé au mois de septembre 1988.

Ces auditions avaient permis d'établir le constat d'une totale unanimité sur la nécessité de modifier la législation relative à la détention provisoire, mais surtout d'intégrer cette réforme dans une réflexion approfondie portant sur l'ensemble des problèmes que pose l'instruction.

Toute réflexion visant à faire en sorte que la détention provisoire soit l'exception et que la durée de celle-ci soit plus brève qu'elle ne l'est actuellement, implique en effet inéluctablement de repenser dans leur globalité les règles et l'organisation de la phase qui précède le jugement des affaires pénales.

## Questions

Plusieurs propositions du rapport de la Commission sur la détention provisoire n'ont pas été reprises par la loi du 6 juillet 1989, notamment la suppression du motif de mise en détention provisoire fondé sur la seule nécessité de préserver l'ordre public ; la question est donc à nouveau posée.

Plus largement, la question essentielle est la suivante : l'autorité compétente en matière de détention provisoire doit-elle être celle qui est chargée des investigations ?

## Le contrôle judiciaire

Le contrôle judiciaire, en tant que système restrictif de liberté pour des personnes inculpées, a été instauré en France par la loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens.

La législation avait pour objectif, en instaurant ce système, de réduire le recours à la détention provisoire en permettant aux magistrats instructeurs d'imposer une ou plusieurs des 12 obligations prévues à l'époque par la loi, et en assurant le contrôle du respect de ces obligations.

Le même texte restreignait les possibilités de placement en détention provisoire par un encadrement législatif plus serré et élargissait les possibilités de recours contre les décisions de placement ou de maintien en détention provisoire.

Le champ d'application du contrôle judiciaire devait être ensuite élargi par plusieurs lois pour ce qui concerne les modalités et le contenu des obligations.

En définitive, le dispositif législatif actuel (art. 138 du CPP) permet de maintenir un inculpé en liberté tout en lui imposant des obligations précises, se répartissant en trois groupes selon l'objectif poursuivi :

- s'assurer que l'inculpé demeure à la disposition de la justice et n'entrave pas son action ;
- éviter le renouvellement de l'infraction ;
- engager le dédommagement de la ou des victimes.

Il présente l'intérêt d'une grande souplesse puisque le juge peut imposer une, plusieurs, voire toutes les obligations en fonction du cas d'espèce.

Le contrôle judiciaire, en tant que mesure substitutive à la détention provisoire, intègre également le système de la caution (obligation n° 11), elle-même aménagée afin d'orienter son usage vers le dédommagement des victimes.

Enfin, du fait du contenu de certaines obligations prévues, le contrôle judiciaire s'apparente au système de la probation dont la poursuite peut ensuite être assurée dans le cadre d'une mise à l'épreuve (interdiction de conduire un véhicule, interdiction de rencontrer certaines personnes, se soumettre à des mesures d'examen, de traitement ou de soins notamment aux fins de désintoxication, etc.).

Les difficultés d'application paraissent tenir pour une grande partie à l'insuffisance des moyens disponibles pour assurer tant la réalité des contrôles, que des mesures d'accompagnement socio-éducatives.

L'appareil statistique au ministère de la justice est relativement pauvre en matière de contrôle judiciaire.

Sur les cinq dernières années, l'exploitation des statistiques « instruction » permet cependant de constater la progression globale du contrôle judiciaire, tandis que les mandats de dépôt diminuaient peu en valeur relative :

Année	1984	1985	1986	1987	1988
Personne inculpée	106 403	94 305	90 395	88 391	84 957
Contrôle judiciaire ab initio	12 776	13 249	12 595	12 752	14 228
Contrôle judiciaire postérieur à l'inculpation	8 764	7 564	8 045	8 643	9 142
Total des contrôles judiciaires	21 540	28 613	20 640	21 395	23 370
Mandat de dépôt	50 501	41 011	40 812	37 943	37 634

Aucune analyse exhaustive n'est disponible quant à la répartition par obligation des mesures de contrôle judiciaire.

De même, les chiffres évoqués ci-dessus, ne concernent que l'instruction et non les juridictions de jugement.

Pour ce qui est de la procédure de comparution immédiate, les seuls chiffres disponibles sont ceux de 1984, année au cours de laquelle les juridictions de jugements ont décernés 21 930 mandats de dépôt et 2 607 mesures de contrôle judiciaire, soit une proportion de 12 % pour le contrôle judiciaire.

Après presque vingt ans, l'instauration du contrôle judiciaire apparaît donc comme un dispositif bien intégré par l'appareil judiciaire français. Pour autant le nombre de mandats de dépôt demeure très supérieur à celui des contrôles judiciaires, notamment au regard de la décision initiale.

L'examen de la situation actuelle conduit enfin à formuler deux observations :

- la durée de la détention provisoire n'a cessé de progresser en France, passant de 2,7 mois en 1977 à 3,8 mois en 1987 (voir supra p. 48) ;
- le contrôle judiciaire ne touche que peu les petits délinquants, qui relèvent le plus souvent de la procédure de comparution immédiate et qui appartiennent à des catégories sociales peu insérées socialement, voire totalement marginales.

Pour ces personnes, l'efficacité du contrôle judiciaire impliquerait des moyens très supérieurs à ceux dont disposent actuellement les services qui en assurent la prise en charge.

Ainsi, en 1986, 72 associations de contrôle judiciaire assuraient 8 742 contrôles socio-éducatifs tandis que la même année 84 comités de probation et d'assistance aux libérés avaient en charge 1 499 inculpés.

Ces chiffres montrent clairement que le contrôle judiciaire se réduit très souvent, après notification des obligations par le juge, à des convocations par les services de police et de gendarmerie.

Les comités de probation et d'assistance aux libérés ou les associations qui assurent les contrôles socio-éducatifs éprouvent de grandes difficultés à apporter les réponses en terme de logement, de travail ou de formation, de soins médicaux, etc.

Si le revenu minimum d'insertion permet d'apporter une réponse partielle à cette difficulté, demeure l'insuffisance des équipements spécifiques à des besoins qui se caractérisent par l'urgence.

Une étude réalisée par le « Quaker Council » en septembre 1985 sur la détention provisoire dans les pays membres du Conseil de l'Europe démontre que si la législation de la majorité de ces pays prévoit des mesures alternatives à la détention provisoire, aucune n'offre la diversité du système français.

Un nombre important de ces législations ne prévoit en effet que le cautionnement, d'autres, tout en instaurant un système de contrôle judiciaire, ne portent que sur des obligations orientées vers les garanties de représentation.

L'étude précitée ne donne malheureusement aucun chiffre sur la proportion entre détention provisoire et mesures alternatives.

Au plan qualitatif, il est à signaler que le Danemark, la Finlande, l'Italie et la Grande-Bretagne offrent aux juridictions ou aux juges la possibilité d'assigner à résidence des inculpés dans des établissements carcéraux prévus à cet effet. Cette formule présente l'avantage tout à la fois d'assurer de meilleures garanties quant à la représentation, mais surtout de permettre de placer sous contrôle judiciaire des personnes qui n'ont ni domicile, ni travail, et pour lesquels le système français actuel est en définitive peu adapté.

En outre, il faut rappeler que l'usage du cautionnement est très développé dans les pays anglo-saxons, y compris en matière criminelle, alors qu'il n'est que peu utilisé en France, malgré les textes destinés notamment à inciter les juges à fixer le montant de la caution en tenant compte des ressources des inculpés.

Plus récemment, enfin, les États-Unis et maintenant la Grande-Bretagne ont expérimenté le contrôle électronique. Ce système, qui demeure expérimental, soulève des problèmes éthiques et techniques. Son coût de mise en oeuvre semble relativement élevé (un tiers du coût d'entretien d'un détenu aux États-Unis). En l'état, aucune étude n'est actuelle-



ment disponible sur l'efficacité de ce système en tant, notamment, que moyen permettant de réduire le recours à la détention provisoire.

En définitive, il est apparu au cours des auditions que la majorité des spécialistes entendus insistait sur l'intérêt du contrôle judiciaire et sur la nécessité de développer les moyens d'accompagnement.

## Questions

La dualité de nature du contrôle judiciaire (surveillance, assistance) n'implique-t-elle pas l'organisation de deux régimes juridiques au moins partiellement distincts ?

Faut-il davantage développer le contrôle judiciaire en prévoyant de nouvelles obligations ? Lesquelles ?

Faut-il renforcer encore les mesures d'accompagnement, par exemple en organisant un système d'assignation à résidence dans un établissement public ou privé non carcéral dont le responsable ne disposerait d'aucun pouvoir de contrainte mais auquel incomberait une obligation de rendre compte, ou encore en incitant les services d'action sociale, y compris ceux des collectivités locales, à participer davantage à la mise en place et à la prise en charge de ces moyens d'accompagnement ?

## Les droits de la défense

Le principe affirmé par les rédacteurs du code d'instruction criminelle de 1808 était que l'instruction préparatoire, nécessaire lorsqu'il s'agit d'un crime, et facultative lorsqu'il s'agit d'un délit, était une procédure écrite, secrète (tant vis à vis de l'accusé, secret « interne », que vis à vis des tiers, secret « externe ») et non contradictoire.

La loi du 8 décembre 1897 a porté atteinte au principe du secret interne et introduit un peu de contradiction, en permettant au conseil d'assister aux interrogatoires, et d'avoir communication de la procédure avant ces interrogatoires.

Le code de procédure pénale, promulgué le 23 décembre 1958, a accentué légèrement l'aspect contradictoire, en faisant du juge d'instruction une juridiction du premier degré, et en instaurant, sous certaines limites, un débat devant la chambre d'accusation, juridiction d'instruction du second degré, ainsi que lors du placement en détention provisoire (lois n° 84-576 du 9 juillet 1984 et n° 89-461 du 6 juillet 1989, voir infra p. 47 et 55).

Les critiques du système français de l'instruction préparatoire portent souvent sur son aspect peu contradictoire, sur les limitations des pouvoirs de la défense, et l'inégalité maintenue entre le parquet, qui poursuit et accuse, et la défense.

Dans les pays où la procédure relève davantage du modèle accusatoire (voir 1<sup>re</sup> partie), le respect du contradictoire, l'égalité entre les parties et le respect des droits de la défense, dès qu'une personne est soupçonnée, sont les principes essentiels sur lesquels le système repose. Les critiques parfois apportées portent surtout sur le déséquilibre de moyens entre les parties, les risques d'inégalité en fonction des situations de fortune des personnes poursuivies et, également, sur l'importance prise dans ces systèmes par les négociations entre les parties.

## Enquêtes de police

Au regard des droits de la défense, il existe là une grande divergence entre le système français et la majorité des systèmes de procédure fonctionnant dans les pays européens ou occidentaux, ceux-ci imposant la présence d'un avocat auprès de la personne soupçonnée et prévoyant pour celle-ci un droit au silence.

La procédure policière, quel que soit le type d'enquête, est restée en France, écrite, secrète et non contradictoire, même lorsqu'il existe à l'égard d'une personne des indices graves et concordants de nature à motiver son inculpation (sauf à établir le dessein de l'officier de police de faire échec aux droits de la défense, lorsqu'il agit sous le contrôle d'un juge d'instruction, sur commission rogatoire).

Il y a là un sujet de discussion important, qui partage les organisations professionnelles de magistrats et d'avocats (voir supra p. 46). Celles-ci affirment le plus souvent la nécessité d'une réforme mais soulèvent le problème du rôle exact qu'aurait l'avocat lors de la phase policière, s'il y était admis, et évoquent les difficultés pratiques que poserait cette présence, et le déséquilibre qu'elle risquerait de provoquer entre les personnes accusées, en fonction de leur situation économique et sociale, dans le cas où le problème de l'aide légale ne serait pas complètement revu.

## Inculpation et première comparution

La possibilité pour l'accusé de faire des déclarations devant le juge d'instruction, lors de sa première comparution, alors qu'il est déjà inculpé mais n'a pas encore d'avocat, est l'objet d'une controverse.

Certes, le juge informe l'inculpé qu'il peut ne faire aucune déclaration, mais il se trouve alors seul avec lui (sous réserve, néanmoins, de la présence du greffier) et l'inculpé ne peut pas s'entretenir avec son conseil sur la nécessité de faire ou de ne pas faire de déclaration.

Par ailleurs, les avocats entendus par la Commission ont affirmé que l'interdiction faite au juge, à ce stade de la procédure, de procéder à un véritable interrogatoire, n'était sans doute pas toujours respectée, comme le montrent la longueur et les nombreux détails figurant souvent dans cette déclaration de première comparution.

## Placement en détention et contentieux de la détention

Dans un certain nombre de pays, la fonction juridictionnelle est distinguée de celle de l'enquête. Elle s'exerce souvent en audience publique.

En France, depuis la loi du 9 juillet 1984, complétée par celle du 6 juillet 1989, la procédure de placement en détention provisoire ne peut avoir lieu qu'après un débat contradictoire, et donne lieu à une ordonnance motivée, soumise au double degré de juridiction.

Il semble donc qu'en la matière, « l'égalité des armes » entre l'accusation et la défense, soit assurée.

## Communication du dossier

Dans notre système, le dossier est communiqué au procureur de la République chaque fois qu'il le demande (art. 82 al. 2 du CPP).

Il est communiqué au conseil deux jours ouvrables avant chaque interrogatoire (art. 118 du CPP). Ce délai est récent, puisque, jusqu'au 10 juin 1983 (loi n° 83-466), il n'était que de 24 heures. Il est de toutes façons très court, surtout lorsqu'il s'agit d'affaires très complexes.

Il subsiste là un déséquilibre manifeste entre l'accusation et la défense.

Dans le délai imparti, le conseil peut également se faire délivrer une copie, mais la brièveté du délai, l'encombrement des services de photocopie, le coût très élevé de ces copies, sont autant d'obstacles dont se sont plaints tous les avocats.

## Interrogatoires et confrontations effectués par le juge d'instruction

L'avocat est convoqué quatre jours ouvrables avant l'interrogatoire ou la confrontation. Il peut assister son client.

Mais cette assistance est muette. L'avocat ne peut intervenir. Il ne peut prendre la parole, ni pour contester la rédaction du procès-verbal, laissée à la seule appréciation du juge, ni pour demander qu'une question du juge soit mentionnée, ce que le juge n'est jamais obligé de faire.

Le conseil ne peut que poser des questions, après y avoir été autorisé par le juge d'instruction, et en cas de refus, la seule possibilité consiste à faire consigner cette question au procès-verbal.

Sur ce point, il n'y a pas de déséquilibre, puisque le procureur de la République n'a pas d'autre pouvoir. Mais il y a là manifestement une impossibilité d'expression de la défense.

Si l'article 6-3d de la Convention européenne dispose que la personne accusée doit pouvoir interroger ou faire interroger les témoins à charge, faire convoquer et interroger les témoins à décharge, les juridictions françaises n'ont, jusqu'à ce jour, pas interprété cette disposition comme s'imposant lors de la phase préparatoire, celle-ci s'appliquerait uniquement lors de l'audience de jugement.

Cette interprétation, assez souvent contestée, apparaît donc aussi comme un élément d'impréparation et une cause d'alourdissement de la phase de jugement, alors que l'instruction préparatoire confiée à un juge a justement pour fonction de rendre cette phase de jugement plus légère que dans les systèmes relevant du modèle accusatoire.

## Dépositions des témoins

Le juge entend les témoins seul.

Certaines organisations entendues par la Commission demandent que le témoin puisse être assisté d'un conseil qui, bien entendu, n'aurait pas accès au dossier ; ou encore que la défense ait le droit d'assister à toutes les auditions de témoins.

## Commissions rogatoires

Selon l'article 81 du CPP, c'est le juge d'instruction qui procède, « conformément à la loi, à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité ». Ce n'est que lorsqu'il se trouve dans « l'impossibilité de procéder lui-même à des actes d'information » qu'il peut donner commission rogatoire aux officiers de police judiciaire.

Certaines personnes entendues par la Commission ont critiqué le recours constant aux commissions rogatoires ; les conséquences étant les suivantes : l'enquête reste secrète pendant son déroulement et les procès-verbaux sont très souvent tardivement adressés au juge d'instruction, alors que celui-ci poursuit les interrogatoires, en ayant parfois une connaissance orale du contenu des procès-verbaux ignorés de la défense. En outre, a été parfois mis en cause le caractère trop général de ces délégations.

Cette pratique semble contraire à l'esprit des dispositions de l'article 118 du CPP, qui cherche à écarter l'effet de surprise par la communication préalable du dossier.

## Possibilité pour la défense de demander des investigations

Dans notre système, la défense ne peut procéder directement à des investigations. Elle ne peut que demander au juge d'y procéder ou d'y faire procéder, sans que le juge ait l'obligation de satisfaire à cette demande, ou même d'y répondre.

En revanche, le procureur de la République « peut requérir du magistrat instructeur tous actes lui paraissant utiles à la manifestation de la vérité », et le juge, s'il ne fait pas droit à ces réquisitions, doit répondre par une ordonnance motivée, susceptible d'appel (art. 82 du CPP). En outre, il peut interjeter appel de toutes les ordonnances du juge d'instruction, alors que le droit pour la défense d'interjeter appel est très limité.

Il y a là un déséquilibre grave, une faiblesse de la défense que presque tous les intervenants ont déploré. Même ceux qui restent très favorables au système du juge d'instruction estiment souvent indispensable qu'il y ait un alignement des pouvoirs de la défense sur ceux du parquet.

## Expertises

L'expertise a donné lieu, historiquement, et donne toujours lieu à de très nombreux débats.

La plupart des systèmes prévoient le recours à des experts, soit choisis librement, aux risques et périls des parties (système accusatoire), soit pris sur une liste. Certains prévoient la présence aux expertises d'un expert de la défense ne signant pas le rapport, mais donnant son avis (ancien système italien).

Dans le système français, la défense n'a aucune place, ni dans le choix de l'expert, ni dans le déroulement des opérations d'expertise (sauf en cas d'interrogatoire de l'inculpé, où elle dispose des mêmes droits qu'en cas d'interrogatoire par le juge d'instruction).

Lors de la discussion du projet législatif du code de procédure pénale, il avait été prévu une expertise contradictoire, chaque partie désignant un expert, le juge pouvant désigner un sur-expert en cas de désaccord.

Finalement, il avait été décidé que le juge désignerait seul deux experts pouvant s'étayer ou se contredire. Mais, le système révélait une lourdeur considérable, et les contradictions étant extrêmement rares, le législateur a décidé de revenir à l'expert unique, sauf si les circonstances justifient la désignation de plusieurs experts (loi n° 85-1407 du 30 décembre 1985, art. 159 du CPP).

Cet expert est choisi soit sur une liste nationale établie par le bureau de la Cour de Cassation, soit sur une liste établie par l'assemblée générale de la cour d'appel.

En cas de refus d'expertise ou de demande de contre-expertise, le juge doit rendre une ordonnance motivée (art. 156 et 157 du CPP), dont l'inculpé peut interjeter appel, mais le président de la chambre d'accusation peut, sans avoir à motiver sa décision, déclarer cet appel irrecevable (art. 186-1 du CPP).

En cas de contestation des conclusions de l'expert, l'inculpé peut faire des observations dans un délai laissé à la seule appréciation du juge.

En cas de contre-expertise, la défense n'a pas plus la possibilité de choisir un expert que dans le cas d'une expertise.

En cas d'expertise psychiatrique, le code ne prévoit aucune possibilité d'entretien de l'inculpé détenu avec un expert susceptible de donner son avis.

Il convient de noter qu'à la suite des controverses, et même des scandales intervenus dans plusieurs « affaires », le législateur a admis la possibilité de faire entendre à l'audience de jugement des « témoins » susceptibles de contredire « les conclusions d'une expertise » ou d'apporter « un point de vue technique ou des indications nouvelles » (art. 169

du CPP). Mais ces témoins ne sont pas des experts, et n'ont accès ni au dossier ni aux pièces.

## Ordonnances de règlement

La plupart des systèmes de procédure prévoient un examen préalable, constatant la mise en état de l'affaire, avant la phase de jugement.

Il s'agit toujours d'une décision juridictionnelle, qui n'est pas rendue, la plupart du temps, par celui ou ceux qui ont mené l'enquête. En général, cette phase juridictionnelle permet de contrôler l'admissibilité des preuves et la légalité des éléments qui seront apportés à la phase de jugement.

Dans le système français, c'est le juge d'instruction qui rend l'ordonnance de règlement sur réquisitions du procureur de la République.

En matière de crime, cette ordonnance transmet les pièces à la chambre d'accusation, qui effectuera un contrôle de la régularité de la procédure, en attendant de renvoyer l'affaire devant la cour d'assises.

Lorsqu'il s'agit d'un délit, le juge d'instruction renvoie l'affaire devant le tribunal correctionnel, par une ordonnance motivée qui n'est pas susceptible d'appel de la part de l'inculpé, mais l'est de la part du ministère public.

Contrairement à ce qui se passe dans un très grand nombre de systèmes, la procédure française ne prévoit pas que l'ordonnance clôturant la phase de mise en état purge les nullités de la procédure qui seront laissées à l'appréciation du tribunal correctionnel.

Enfin, il convient de noter que, dans la très grande majorité des cas, le juge d'instruction se contente de motiver son ordonnance, par la référence au réquisitoire écrit du procureur de la République, ce qui pèse d'un poids considérable lors de la phase de jugement.

## Questions

Convient-il d'organiser une procédure contradictoire permettant la présence d'un avocat dès qu'une personne est soupçonnée ?

Convient-il au moins d'assurer la présence d'un avocat dès qu'une personne est inculpée ?

Faut-il instaurer ou non une égalité absolue de pouvoirs entre l'accusation et la défense, lors de la phase de la mise en état ?

En particulier dans le cas où l'instruction reste entre les mains d'un juge, celui-ci doit-il effectuer les mesures d'investigation demandées par la défense, ou les refuser par une ordonnance motivée susceptible d'appel ?

Convient-il de permettre à la défense de désigner un expert ayant accès au dossier, ou d'assurer les conditions d'une expertise contradictoire ?

Faut-il que la mise en état se termine par une phase de contrôle de la régularité de la procédure ?

Faut-il faire de la décision de clôture de la mise en état une décision juridictionnelle susceptible d'appel ?

## Les nullités

Le code de procédure pénale, consacrant une jurisprudence antérieure, a institué deux types de nullités.

. *Les nullités dites « textuelles »* sanctionnent formellement la violation de dispositions très précises ; en ce qui concerne l'instruction, il en est ainsi de l'article 96 du CPP, lequel renvoie à l'article 59 (perquisitions), et de l'article 170 qui énonce que « les dispositions prescrites aux articles 114 et 118 (interrogatoires et confrontations) doivent être observées à peine de nullité tant de l'acte lui-même que de la procédure ultérieure ».

. *Les nullités dites « virtuelles » ou substantielles »* se trouvent à la disposition du juge, celui-ci appréciant si la transgression mérite ou non une sanction (art. 172 : « il y a également nullité en cas de violation des dispositions substantielles du présent titre, autres que celles visées à l'article 170, et notamment en cas de violation des droits de la défense »).

. Un certain nombre de conditions entourent la mise en oeuvre d'une *demande d'annulation*.

En la forme, selon l'article 171 du code de procédure pénale, seul le juge d'instruction ou le procureur de la République peut saisir la chambre d'accusation lorsqu'il apparaît qu'un acte de l'information est « frappé de nullité ». Les « parties privées », et notamment la défense, n'ont pas le droit de saisir elles-mêmes la chambre d'accusation ; elles ne peuvent que demander au juge d'instruction de le faire. Elles se trouvent donc totalement démunies face à un juge d'instruction qui



refuse de répondre à leur demande ou qui répond négativement. On le voit, « l'égalité des armes » est ici loin d'être réalisée. Les parties conservent cependant le droit de soulever ultérieurement la nullité d'un acte devant la chambre d'accusation statuant sur l'ordonnance de transmission de pièces ou devant le tribunal correctionnel.

La procédure particulière de l'article 171 est limitée aux actes de l'instruction (y compris d'ailleurs les actes d'enquête préliminaire ou de flagrance) non susceptibles de voies de recours. En sont donc écartées les ordonnances susceptibles d'appel.

L'arrêt de la chambre d'accusation statuant dans le cadre des dispositions de l'article 171 peut être frappé de pourvoi, sous réserve de la présentation d'une requête (art. 570).

En outre, en ajoutant au code de procédure pénale l'article 802, la loi du 6 août 1975 a bouleversé la distinction entre nullités textuelles et nullités substantielles en subordonnant l'annulation d'un acte à la preuve que la violation considérée ait « eu pour effet de porter atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne ». Une exception est cependant prévue par le texte : les nullités liées à une inculpation tardive. De plus, la jurisprudence a ajouté une autre exception, aux contours quelque peu imprécis : les *nullités d'ordre public*.

A première vue, le souci pragmatique de privilégier le préjudice subi par une partie (inculpé ou partie civile) semble protéger excellemment leurs droits tout en évitant le piège d'un formalisme excessif : à quoi bon, en effet, annuler une procédure si la violation constatée n'a pas nuï aux intérêts de la partie que la règle transgressée avait pour but de protéger ? Mais, sur ce point, les termes du 2<sup>e</sup> alinéa de l'article 170 selon lequel « la partie envers laquelle les dispositions (relatives aux nullités textuelles) ont été méconnues peut renoncer à s'en prévaloir et régulariser ainsi la procédure » et ceux du 3<sup>e</sup> alinéa de l'article 172 selon lequel « les parties peuvent renoncer à se prévaloir (des nullités substantielles) lorsqu'elles ne sont édictées que dans leur seul intérêt », ne sont-ils pas suffisants ?

En réalité, eu égard aux difficultés résultant de son application, l'article 802 fait l'objet de critiques : d'une part, les juges du fond étant maîtres de la notion d'atteinte portées aux intérêts de la partie concernée, telle formalité sera annulée dans tel ressort de cour d'appel mais ne le sera pas dans tel autre ; d'autre part, en raison des fluctuations de la Cour de Cassation, *la détermination des cas d'ouverture à nullité demeure encore trop incertaine*. En conséquence, il y a lieu de s'interroger sur la compatibilité de l'article 802 avec les principes de la légalité, de l'égalité entre justiciables (l'inégalité paraît encore renforcée par l'article 172 alinéa 2 prévoyant que l'annulation peut être limitée à l'acte vicié ou s'étendre à tout ou partie de la procédure ultérieure), de « l'égalité des armes », et, ceci découlant de cela, des droits de la défense.

Quant on sait, de plus, que la jurisprudence de la Cour de Cassation est critiquée sur d'autres points relatifs aux nullités (citons, notamment, son refus - unanimement contesté par la doctrine - de considérer comme substantielles certaines règles de la procédure pourtant fondamentales, comme celles de la garde à vue), on mesure combien est ressentie comme nécessaire une réforme des règles régissant la matière.

## Questions

Faut-il permettre à la défense de soulever elle-même une nullité ? A tout moment ? Dans un certain délai à partir du jour où elle aurait pu avoir connaissance de l'acte vicié ? Lors de la clôture de la mise en état ? Selon quelles modalités ? (saisine directe de la chambre d'accusation, avec filtre du président, saisine du juge d'instruction, avec obligation pour celui-ci de rendre une ordonnance motivée en cas de refus).

Faut-il prévoir que la décision de clôture de la mise en état emporte vérification de la régularité de la procédure, les nullités antérieures ne pouvant plus être invoquées lorsque cette décision est devenue définitive ?

Convient-il d'insérer dans le code de procédure pénale un plus grand nombre de nullités textuelles ?

Faut-il, afin d'éviter toute interprétation subjective, énumérer les dispositions présentant un caractère substantiel et dont la méconnaissance entrainerait la nullité ? Si des principes fondamentaux de la mise en état des affaires pénales sont introduits dans le code, faut-il décider que toute disposition découlant de l'un de ces principes présente un caractère substantiel et que sa violation entraîne la nullité ?

Convient-il de reprendre pour toute nullité les termes du 2<sup>e</sup> alinéa de l'article 170 selon lequel « la partie envers laquelle les dispositions [...] ont été méconnues peut renoncer à s'en prévaloir et régulariser ainsi la procédure » ? Ou est-il préférable de continuer à distinguer, en les énumérant, les dispositions d'ordre public dont la violation entraîne toujours l'annulation, de celles qui sont édictées dans le seul intérêt des parties, celles-ci pouvant renoncer à s'en prévaloir, conformément au 3<sup>e</sup> alinéa de l'article 172 ?

Faut-il supprimer, dans l'article 105, les mots « dans le dessein de faire échec aux droits de la défense » ?

Faut-il abroger l'article 802 ?

## Publicité ou secret ?

Les controverses sur le secret de l'instruction et ses violations ne cessent d'interférer au travers de toute intervention, de tout débat sur l'instruction préparatoire.

Le principe traditionnel du secret de l'instruction préparatoire a été consacré par l'article 11 du code de procédure pénale :

« Sauf dans les cas où la loi en dispose autrement, et sans préjudice des droits de la défense, la procédure au cours de l'enquête et de l'instruction est secrète. Toute personne qui concourt à cette procédure est tenue au secret professionnel dans les conditions et sous les peines de l'article 378 du code pénal ».

Ce principe est quotidiennement bafoué. Qu'il s'agisse d'affaires à sensation dont l'opinion publique exige qu'elles soient élucidées au plus vite et dont il est inévitable - y compris pour des raisons d'ordre public - que les méandres et les vicissitudes de l'enquête ou de l'instruction soient connues. Qu'il s'agisse - surtout dans la presse de province - de l'énumération quotidienne de fait divers, du résultat des enquêtes, des informations ouvertes, de l'état civil des personnes en cause.

Ces révélations ont pour origine, au vu et au su de tous, des « personnes qui concourent à la procédure ». Elles sont souvent organisées de façon quasi officielle, comme l'ont parfaitement admis les journalistes entendus par la Commission.

Cette violation de la loi n'est pas nouvelle, puisqu'en 1912, dans son traité d'instruction criminelle, le Professeur Garraud déplorait cette « publicité illégale et frelatée », souhaitant qu'elle soit remplacée par « une publicité franche et honnête qui introduirait la lumière dans notre vieille procédure d'information ».

L'ordonnance de 1498 affirmait déjà le principe, mais c'est d'abord à l'égard de l'inculpé que l'instruction était secrète et les raisons de l'institution ne se trouvaient alors que dans le renforcement de l'efficacité de l'enquête pour éviter les « subornations et forgeries qui pourraient se faire ». Ce n'est que dans la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle que les juristes commencent à justifier ce secret, pour préserver l'individu d'une « fâcheuse atteinte à sa réputation ».

La loi de 1897, en donnant à l'avocat l'accès au dossier, a levé partiellement le secret de l'instruction à l'égard de l'inculpé.

Dès lors, le motif de la protection de la présomption d'innocence a pris le pas, dans les analyses de la doctrine, pour justifier le secret maintenu à l'égard de tous autres, et l'article 11 du code de procédure pénale conforte, sur le terrain législatif, cette motivation, en rappelant que le

secret s'impose « sans préjudice des droits de la défense ». La rédaction de l'article C. 21 de l'instruction générale précisant que « le secret de l'enquête et de l'instruction a plus particulièrement pour objet d'éviter que des soupçons viennent peser publiquement sur un innocent auquel serait ainsi causé un préjudice injustifié, et le plus souvent irréparable », confirme cette interprétation.

Mais, l'ancien fondement n'a pas disparu pour autant. Bien que le principe du respect de la présomption d'innocence soit essentiellement évoqué par les partisans du maintien du secret, la protection de la sûreté de l'enquête, de la surprise nécessaire à la découverte, de la sérénité du juge, est aussi évoquée. On peut même se demander s'il n'y a pas là un jeu d'apparences cachant une réalité trop souvent masquée.

Il est en effet tout à fait paradoxal de constater que, lors des auditions auxquelles a procédé la Commission, l'attachement de la plupart des magistrats et de leurs associations, et plus particulièrement des juges d'instruction, au principe du secret, s'oppose à la réserve, voire à l'hostilité de nombreux avocats.

Ceci montre sans doute la permanence de l'ancien fondement malgré les affirmations doctrinales et législatives. On peut d'ailleurs constater le maintien du secret à l'égard de la personne soupçonnée elle-même et l'absence de son avocat lors de l'enquête policière, au motif d'une plus grande efficacité.

Tout le monde souhaite mettre fin à ce scandale évident que constitue la violation quotidienne d'un texte fondamental, et ce d'autant plus que les violations existantes, parce qu'interdites, sont inévitablement partielles, et donc partiales, et qu'elles donnent lieu à un simulacre de débat contradictoire par journalistes interposés.

Mais, les solutions envisagées sont totalement opposées : les partisans du secret proposant des méthodes pour supprimer la violation et les adversaires du secret proposant sa suppression.

Les premiers préconisent de rendre effective la répression, aujourd'hui très difficile, en créant une infraction à l'encontre de celui qui publie l'information. Ils se réfèrent le plus souvent à l'institution anglaise du « contempt of court », qui interdit toute révélation susceptible d'influencer les juges avant le débat oral, qui intervient beaucoup plus tôt dans le contexte très particulier de la procédure anglo-saxonne.

Ce nouveau délit poserait des problèmes au regard du droit à l'information, en l'état actuel des conventions internationales, des exigences de l'opinion, de la nature et de la durée de notre système d'information préparatoire (voir à ce sujet l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 26 avril 1979, *Sunday Times c/ Royaume-Uni*).

Déjà, en 1928, Maurice Garçon constatait « l'impossibilité en l'état actuel des moeurs d'empêcher la presse de renseigner le public ».

Parmi ceux qui souhaitent que le principe du secret soit maintenu quelques uns demandent qu'on étende les dispositions concernant les mineurs à l'ensemble des personnes inculpées, en interdisant de révéler leur identité. Les journalistes font observer qu'une telle disposition ne serait sans doute pas toujours applicable s'agissant en particulier d'affaires mettant en jeu les mécanismes de l'État, le comportement de personnalités publiques.

A l'opposé, ceux qui préconisent l'abandon total du secret de l'instruction, le font au motif qu'il vaut mieux, comme on l'a dit en 1958 à propos de la garde à vue, légaliser une pratique plutôt que de « feindre d'en ignorer l'existence ». Mais, cette publicité absolue ne risquerait-elle pas d'entraver les enquêtes, et dans certains cas, de porter atteinte à la réputation d'inculpés qui échappent aujourd'hui à la révélation publique du dossier ?

Certains envisagent de donner au juge la possibilité de faire des communiqués. Mais, comment éviter alors que le juge ne laisse transparaître son opinion sur les certitudes qui sont déjà les siennes, notamment sur l'existence d'indices graves et concordants de culpabilité, sans permettre aux parties au procès de contrôler cette déclaration, de donner leur interprétation, en s'appuyant éventuellement sur d'autres éléments de ce dossier, et de créer ainsi un débat public avant la phase du jugement contradictoire. Les communiqués du ministère public ou du président du tribunal présentent des difficultés voisines.

D'autres, enfin, se prononcent en faveur du caractère public des phases juridictionnelles de l'instruction (inculpation, détention) sous réserve d'un accord de l'inculpé. La solution, finalement retenue de façon timide par la loi du 6 juillet 1989, permettant, dans certaines circonstances, et avec beaucoup de restrictions, la publicité de certains débats sur la détention devant la chambre d'accusation va dans ce sens, mais il est évidemment trop tôt pour tirer des conclusions de cette expérience.

Nous nous trouvons en face d'une véritable contradiction : l'instruction préparatoire écrite, pour être efficace, a besoin de secret.

Mais, simultanément, il faut bien constater l'incapacité absolue dans laquelle se trouve l'institution judiciaire de préserver ce secret.

## Questions

Faut-il modifier la législation pour imposer un secret effectif ou faut-il le supprimer en tout ou partie ?

La publicité implique-t-elle l'utilisation de moyens audiovisuels ?

## **Deux procédures distinctes selon que la personne poursuivie plaide ou non coupable ?**

Dès lors que des poursuites sont engagées contre une personne dénommée, le système français connaît quatre formes de mise en état des affaires pénales :

- mise en état immédiate : citation directe par la victime devant le tribunal ;
- mise en état sommaire : comparution immédiate, convocation par procès verbal ou citation directe après enquête de police ;
- mise en état approfondie : instruction correctionnelle, le plus souvent après enquête de police ;
- mise en état très approfondie : instruction criminelle.

Le choix de la voie procédurale est laissé à l'appréciation de la partie poursuivante (sauf en matière criminelle, et cela quelle que soit la complexité de l'affaire).

Un tel découpage est fort éloigné de celui retenu par d'autres systèmes dans lesquels, au contraire, le choix de la procédure revient à la personne poursuivie (sauf dans certains cas d'infractions mineures) sous le contrôle du juge. On trouve, dans ce cas, deux formes de mise en état :

- l'accusé plaide coupable : mise en état sommaire ;
- l'accusé plaide non coupable : mise en état très approfondie.

Les juristes familiers de ces systèmes sont parfois surpris de voir notre justice examiner de manière identique le cas de l'accusé qui ne conteste pas sa culpabilité et le cas de celui qui s'affirme innocent. Ils voient là un obstacle au respect de la présomption d'innocence, dans la mesure où le concept d'inculpé s'applique alors à deux catégories de personnes se trouvant dans une situation radicalement différente : les uns contestent les faits et doivent bénéficier pleinement de la présomption d'innocence, ce qui n'est pas le cas pour les autres. Ainsi serait entretenue l'impression que l'inculpé est un coupable et la détention provisoire une peine...

Envisager deux procédures distinctes, c'est nécessairement se trouver tout d'abord confronté à un certain nombre de difficultés, particulièrement au cours de la phase préparatoire<sup>1</sup>:

- lorsque des personnes différentes sont accusées d'une même infraction, si les unes plaident coupables et les autres non ;

1) Étant souligné encore une fois, que la mise en état des affaires pénales forme un tout et qu'il est nécessaire de ne pas se cantonner à l'étude d'une phase particulière du procès (enquête, instruction, audience...), le découpage en différentes phases pouvant se concevoir de multiples façons ainsi que le montre le droit comparé (voir supra 1<sup>re</sup> partie).

- lorsqu'une personne accusée de plusieurs infractions plaide coupable pour certaines, non coupable pour d'autres ;
- lorsque, en cours de procédure, la personne poursuivie revient sur son choix initial.

De plus : comment assurer l'intervention de la victime comme partie au procès pénal quand on sait que les systèmes anglo-saxons, qui connaissent traditionnellement la distinction coupable / non coupable, n'admettent pas ce type d'intervention ?

Enfin, dans les pays connaissant ce système, a été introduite une forme de négociation entre l'accusation et la défense (voir supra 1<sup>re</sup> partie) qui soulève des réticences très fortes dans notre pays.

Sous réserve de ces difficultés, la distinction des deux procédures pourraient permettre d'une part d'accroître les garanties de la personne poursuivie en cas de plaidoyer non-coupable, d'autre part d'accélérer et de simplifier la procédure dans le cas contraire.

## En cas de plaidoyer non-coupable

Le dossier de personnalité ne serait porté à la connaissance de la juridiction de jugement qu'après la déclaration de culpabilité, c'est-à-dire soit immédiatement après, soit lors d'une audience ultérieure, le cas échéant après investigations supplémentaires sur la personnalité ou après ajournement avec mise à l'épreuve (l'audience sur la peine, en matière criminelle, pouvant avoir lieu avec ou sans jury). Elle impliquerait le renforcement de « l'égalité des armes » à l'audience (voir infra p. 97).

## En cas de plaidoyer coupable

Il faudrait évidemment que l'aveu soit formulé dans des conditions solennelles exclusives de suspicion, c'est-à-dire qu'il change de nature ; l'aveu ne constituerait plus une preuve mais un moyen procédural librement choisi par l'accusé pour dispenser l'accusation de produire des preuves. Un tel choix ne pourrait bien entendu avoir lieu que devant un magistrat après concertation avec un avocat, et devrait être réitéré à chaque phase de la procédure (par exemple lors de la présentation au procureur de la République, le cas échéant lors de la mise en détention provisoire, enfin à l'ouverture de l'audience de jugement).

1) Observons cependant qu'en France, la pratique de la correctionnalisation judiciaire constitue peut-être déjà une forme implicite de négociation, dans la mesure où elle suppose nécessairement l'accord de toutes les parties et du juge.

Il serait alors possible de concevoir plusieurs mesures simplificatrices :

- en matière criminelle, l'instruction pourrait devenir facultative et la cour d'assises pourrait statuer sans jury ;
- en matière correctionnelle, le juge unique pourrait être généralisé ;
- le caractère de pré-jugement de la détention provisoire pourrait en quelque sorte être officialisé, un certain nombre d'aménagements devenant envisageables : permissions de sortir, semi-liberté... ;
- le contrôle judiciaire socio-éducatif prendrait pleinement sa signification de mesure d'assistance.

## Questions

Dans quelle mesure le défendeur peut-il, en prenant position sur sa culpabilité, participer au choix du type de procédure qui lui sera appliqué ?

Quand, devant qui, et à quelles conditions cette prise de position devrait-elle intervenir ?

Quelles conséquences aurait-elle sur la procédure de mise en état et sur la procédure de jugement ?

Quelles conséquences aurait-elle sur la détermination de la peine et sur les intérêts de la victime ?



Troisième partie

## Quels principes pour la mise en état des affaires pénales ?

Si les principes généraux du droit sont très présents en droit administratif, où ils ont largement contribué au renforcement des libertés publiques<sup>1</sup>, en revanche, ils sont traditionnellement moins utilisés en droit privé, surtout en droit pénal. Sous réserve de notions comme celle des droits de la défense, ils sont en ce domaine rarement invoqués, sans doute en raison d'une tradition légaliste très attachée au formalisme du droit et plus encore de la procédure.

Pourtant, les conceptions juridiques ont évolué depuis le code de procédure pénale de 1958. Non seulement le nouveau code de procédure civile de 1975 commence par l'exposé, au titre des « dispositions liminaires », des « principes directeurs du procès », mais encore la ratification en 1974 de la CESDH, comme l'importance accrue, depuis 1974 aussi, du contrôle de constitutionnalité des lois, devraient progressivement marquer l'emprise sur notre droit positif de principes fonctionnant comme principes directeurs<sup>2</sup>. On observe parallèlement une certaine tendance, à vrai dire encore très limitée, des juridictions pénales à fonder leurs décisions sur des principes généraux. Parfois il s'agit de principes inscrits dans la CESDH (voir, par exemple : Paris, ch. d'acc., 29 septembre 1988<sup>3</sup>, fondant sur le principe du « bref délai » la mise en liberté d'un inculpé) ; parfois aussi, des décisions font référence aux « principes généraux du droit » (voir, par exemple : Cass. Crim. 17 mai 1984<sup>4</sup>, fondant sur les principes généraux du droit la recevabilité du pourvoi en cassation formé contre l'avis motivé de la chambre d'accusa-

1) Voir B. Genevois, « Principes généraux du droit », Jurisclasseur, Contentieux administratif, 1984.

2) Voir notamment, B. Genevois, « La jurisprudence du Conseil Constitutionnel, principes directeurs », STH, 1988.

3) RSC, 1989 p. 143.

4) Bull. n° 183.

tion en matière d'extradition, « lorsque celui-ci est fondé sur la violation de la loi qui, à la supposer établie, serait de nature à priver la décision rendue des conditions essentielles de son existence légale »).

Il est vrai qu'un certain nombre de principes s'imposent déjà au législateur, soit en raison de leur caractère constitutionnel, soit en application des instruments internationaux ratifiés par la France <sup>1</sup>.

Les principes constitutionnels relèvent soit du corps même de la Constitution, soit de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (dont on sait qu'elle est incorporée au « bloc de constitutionnalité »), soit des principes à valeur constitutionnelle (principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ou principes « particulièrement nécessaires à notre temps », visés par le préambule de la Constitution de 1946).

Quant aux engagements internationaux pris par la France, les références essentielles, en procédure pénale, sont, par delà le traité de Rome instituant la Communauté économique européenne <sup>2</sup> : la CESDH (ratifiée par la France en 1974) et le Pacte de l'ONU relatif aux droits civils et politiques (auquel la France a adhéré en 1981). Ces deux derniers textes, dont l'objet spécifique est de défendre les droits de l'individu, dressent une véritable charte des droits de « l'homme en procès », droits qui, au plan européen, se voient en outre sans cesse précisés et vivifiés par la jurisprudence des instances européennes.

Certes, il s'agit là d'un ensemble très hétérogène, composé de principes plus souvent suggérés qu'explicites, dont la rédaction remonte à des époques différentes et varie d'une source à l'autre ; enfin, il se situe dans une perspective qui n'est pas la procédure pénale, mais l'organisation constitutionnelle des pouvoirs publics et l'énoncé des libertés et droits fondamentaux de la personne.

Éclairés par l'interprétation jurisprudentielle, qui ne s'impose d'ailleurs pas avec la même vigueur selon les instances<sup>3</sup>, ces principes sont présentés ici de manière à montrer tout à la fois les contraintes qui en

1) Article 55 de la Constitution de 1958 : « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois... ».

Pour l'interprétation jurisprudentielle de cet article, voir notamment : Cass. ch. mixte du 24 mai 1975 (D. 1975, 497), Conseil Constitutionnel D. n° 88-1082/1117 du 21 octobre 1988 (« Association nationale du Val d'Oise 55<sup>e</sup> circonscription », JO du 25 octobre 1988 et commentaire B. Genevois, *RFDA*, 1988 p. 908), et CE Ass. 20 octobre 1989, « Nicolo », Rec. Lcbon, p. 188.

2) Voir notamment, J. Biancarelli, « Les principes généraux du droit communautaire applicables en matière pénale », *RSC*, 1987, p. 131.

NB : l'article 7 du Traité de Rome instituant la Communauté Économique Européenne interdit « toute discrimination exercée en raison de la nationalité » et exige par conséquent l'égalité de traitement des personnes se trouvant dans une situation régie par le droit communautaire avec les ressortissants des États membres. La CJCE a d'ailleurs fait application de ce principe aux victimes d'infractions pénales le 2 février 1989 dans l'affaire Cowan.

3) Ainsi, au plan européen, seuls les arrêts de la Cour, et non les décisions et rapports de la Commission, engagent les États, dans les litiges auxquels ils sont parties. Cependant, les avis formulés par la Commission constituent un matériau scientifique trop précieux pour être passés sous silence.

résultent, les solutions qu'ils suggèrent et les choix qu'ils laissent ouverts.

Ils doivent en effet être au cœur de toute réforme de la procédure pénale, car il sont l'expression des limites que l'État de droit s'impose dans l'exercice de son *pouvoir de coercition*, fondé sur le droit de punir.

S'il est vrai que le droit de « punir » est la marque de la souveraineté de l'État et s'exerce nécessairement par le jeu de sanctions « pénales », il est vrai aussi qu'il peut rarement se cantonner à la mise à exécution de ces sanctions. Il sera souvent nécessaire de prendre, avant jugement, des mesures coercitives qui évoquent la fameuse formule de Max Weber définissant l'État comme le détenteur du « monopole de la contrainte physique légitime ».

Mais, précisément, pour être « légitime » le pouvoir de coercition (et plus largement l'ensemble de la procédure pénale, qu'il s'agisse du code de procédure pénale ou de législations particulières) doit respecter les principes posés par la Constitution et les textes internationaux de protection des droits de l'homme. Ces principes expriment notre conception de l'État de droit ou, selon le préambule de la CESDH, de la « prééminence du droit ». Plus précisément seront présentés les principes communs aux diverses sources énumérées, les principes relevant seulement des instruments internationaux de protection des droits de l'homme, enfin, ceux qui, à peine esquissés par la jurisprudence européenne, appartiennent à la tradition juridique française.

C'est ainsi que la procédure pénale doit être encadrée par le législateur - *légalité* -, contrôlée par l'autorité judiciaire en cas d'atteinte aux libertés - *garantie judiciaire des libertés* -, et qu'elle doit en outre obéir, particulièrement lorsqu'elle comporte des mesures coercitives, au principe de *proportionnalité*. En outre, l'ensemble de la procédure doit être compatible avec les principes relatifs aux droits fondamentaux de la personne : d'abord, le plus important lorsqu'il s'agit d'affaires pénales, la *présomption d'innocence*, auquel s'ajoute le principe de respect des *droits de la défense*; enfin, applicables sans discrimination à toute personne impliquée, ceux de *l'égalité entre les justiciables* et de la *dignité de la personne humaine* <sup>1</sup>.

A ces sept principes résultant à la fois du système constitutionnel français et des instruments internationaux ratifiés par la France, s'ajoutent deux principes qui relèvent tant de la CESDH que du Pacte de l'ONU sur les droits civils et politiques et s'imposent dès la phase de la mise en état des affaires pénales : « l'égalité des armes », autrement dit l'équilibre entre les parties qui est l'une des composantes, avec les droits

1) Sans les inscrire ici comme principes spécifiques de la procédure de mise en état, il paraît indispensable de souligner que l'ensemble des droits et libertés garantis par les textes « supralégislatifs » évoqués s'appliquent en principe à toutes les personnes impliquées dans la procédure de mise en état (accusé, victime, tiers lorsqu'ils sont concernés, par exemple comme dénonciateur ou témoin).

de la défense, de la notion de « procès équitable » et la *célérité de la procédure*.

Enfin, *l'accès des victimes à la justice pénale*, principe traditionnel en droit français, est sinon imposé par la CESDH, du moins dégagé de celle-ci par la Cour européenne des droits de l'homme sous la forme atténuée d'un droit pour la victime à ce qu'un procès pénal ait lieu lorsqu'il a été porté atteinte à ses intérêts fondamentaux.

## La légalité

L'article 34 de la Constitution (voir aussi l'article 8 de la Déclaration de 1789) réserve à la loi tout le domaine de la procédure pénale (à la différence de la procédure civile qui peut être fixée par décret), y compris dans les formes qu'elle prescrit (cf. art. 7 de la Déclaration de 1789).

En revanche, dans la CESDH et le Pacte de l'ONU sur les droits civils et politiques, le principe de la légalité n'apparaît en procédure qu'à travers les limites posées à toute atteinte aux libertés et droits fondamentaux de la personne : lorsqu'elle est admise, une telle atteinte doit suivre les « voies légales » (art. 5 de la CESDH, art. 9-1 du Pacte, sur les cas de privation de liberté exceptionnellement admis), ou être « prévue par la loi » (art. 8 à 11 de la CESDH, art. 18 et 19 du Pacte, relatifs aux restrictions admises au respect de la vie privée, de la liberté de pensée, d'expression et de réunion, art. 1 du protocole additionnel n° 1 relatif au droit de propriété).

Ce principe est d'ailleurs renforcé, en cas d'atteinte à la liberté et à la sûreté, par la présomption d'innocence (voir infra p. 85). En effet, bien que la CESDH ne l'invoque pas expressément à l'article 5, c'est sur le fondement de cette présomption que ce texte limite l'arrestation et la rétention policière, ainsi que la détention provisoire, à l'individu contre lequel existent « des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction ou des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci » (art. 5-1c) ; ce qui exclut, a contrario, la garde à vue d'un simple témoin, pourtant possible selon le droit français.

C'est ainsi que les instances européennes ont considéré conformes à l'article 5-1c les indices suivants : des propos accusateurs tenus par un co-accusé (affaire *Neumeister c/ Autriche*, Commission, décision du 6 juillet 1964)<sup>1</sup> ou par des tiers (affaire *Stögmüller c/ Autriche*, Com-

1) Voir en annexe n° 3, la liste des arrêts, décisions et rapports des instances de Strasbourg cités, avec leurs références de publication.

mission, décision du 1<sup>er</sup> octobre 1964); des déplacements très fréquents (affaire X c/ RFA, Commission, décision du 22 mars 1958); des dénonciations (X c/ Autriche, Commission, décision du 18 mai 1977); en matière d'espionnage, la possession d'un appareil photographique miniature (affaire X c/ RFA, Commission, décision du 13 décembre 1981). De plus, il a été jugé qu'on ne saurait exiger, pour justifier l'arrestation et la détention, que la réalité et la nature de l'infraction soient déjà établies, puisque tel est le but de l'instruction dont la détention doit permettre le déroulement normal (affaires Bonnechaux c/ Suisse et Schertenleib c/ Suisse, Commission, décisions du 5 décembre 1978 et du 12 juillet 1979).

En revanche, ont été considérées comme non conformes à ce texte : l'arrestation d'une personne en l'absence de soupçons qu'elle ait commis une infraction pénale « dans le seul but de se procurer auprès d'elle des renseignements sur des tiers » (arrêt Irlande c/ RU du 18 janvier 1978, § 212) ; ou encore, l'assignation à résidence d'un inculpé, après expiration du délai de la détention provisoire, fondée sur des motifs étrangers à l'instruction (arrêts Guzzardi c/ Italie du 6 novembre 1980, § 102 et Ciulla c/ Italie du 22 février 1989).

En outre, le principe de légalité a été rappelé par la jurisprudence européenne à propos de l'atteinte à la vie privée résultant de l'interception et de l'enregistrement de conversations téléphoniques (voir notamment les rapports de la Commission dans les affaires Huvig et Kruslin c/ France du 14 décembre 1988 et les arrêts de la Cour dans les affaires Klass et autres c/ RFA et Malone c/ RU des 6 septembre 1978 et 2 août 1984).

On retiendra notamment, en attendant une prochaine décision de la Cour, que la commission (affaire Kruslin c/ France, rapport précité) « admet que les écoutes téléphoniques judiciaires s'opèrent en France selon une pratique qui s'inspire des règles du code de procédure pénale régissant d'autres actes, qui peuvent être décidés dans le cadre d'une enquête judiciaire. Elle constate néanmoins que ces règles ne réglementent pas comme telle la matière des écoutes téléphoniques. Par ailleurs, des lacunes importantes peuvent être décelées, même en tenant compte de l'ensemble des dispositions invoquées par le gouvernement défendeur comme applicables en cas d'interception de communications téléphoniques. La Commission remarque, en particulier, l'absence de délimitation précise et expresse des situations permettant l'interception des communications téléphoniques d'individus, ainsi que l'absence de toute référence à la gravité des faits instruits. Dans ces conditions, la Commission estime qu'il n'est pas possible d'apprécier le degré de la nécessité de recourir à une mesure de surveillance secrète dont tient compte le magistrat habilité à ordonner une telle mesure. Le pouvoir d'appréciation de ce dernier reste illimité, alors que le recours à des pratiques de surveillance secrète ne peut que constituer une mesure d'exception »

(§ 75). D'où la conclusion que la mesure incriminée dans la présente affaire n'était pas « prévue par la loi au sens de l'article 8-2 de la convention » (§ 76).

## Propositions de la Commission

### Définition du principe

*La loi fixe les règles de fond et de forme s'imposant pour la mise en état des affaires pénales. Les limitations et restrictions aux droits fondamentaux de la personne doivent être prévues en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire.*

### Conséquences (quelques exemples)

#### Nécessité d'instituer des règles claires et précises

Confrontée aux exigences de la légalité, la procédure pénale française de mise en état est, dans son ensemble, d'une extrême minutie (voir notamment les textes du code de procédure pénale régissant les perquisitions et saisies). Cette minutie n'assure pas pour autant, dans tous les cas, un strict respect du principe de légalité. En effet, les textes sont parfois peu cohérents (voir par exemple les différents régimes de la garde à vue ou des perquisitions). Il existe aussi des domaines dans lesquels la loi est beaucoup trop vague pour véritablement répondre à ces exigences ; ainsi par exemple, en ce qui concerne les cas de garde à vue, ou encore les pratiques liées aux nouvelles technologies qui facilitent soit l'interception, l'écoute, l'enregistrement et la diffusion de la parole et de l'image, soit la conservation de données à caractère personnel, soit l'identification des personnes<sup>1</sup>. Toutefois une distinction s'impose entre les actes opérés par un « enquêteur » lato sensu et ceux opérés par un « expert » stricto sensu.

Enfin, la loi doit prévoir les sanctions de l'inobservation des formes prescrites.

1) Sur l'utilisation des empreintes génétiques, voir le point 21 de la Résolution du Parlement Européen du 16 mars 1989 sur les problèmes éthiques et juridiques de la manipulation génétique, demandant que « les analyses génétiques ne puissent être imposées dans les procédures judiciaires que dans des cas exceptionnels et qu'elles soient ordonnées exclusivement par le juge dans des domaines très limités » ; étant précisé que « ne doivent pouvoir être employées, à cet égard, que les parties de l'analyse génétique qui importent en l'occurrence et n'autorisant pas de conclusions sur le total des informations génétiques ».

## **Nécessité de prévoir dans la loi l'indemnisation de toute victime d'une arrestation ou d'une détention abusive**

Ce principe, imposées par les textes internationaux (art. 5-5 de la CESDH, art. 9-5 du Pacte), devrait s'appliquer à toute forme d'arrestation ou de détention abusive et non dans le seul cas, actuellement prévu par les articles 149 et suivants du CPP, d'une détention provisoire ayant causé un « préjudice manifestement anormal et d'une particulière gravité »<sup>1</sup>.

## **La garantie judiciaire**

### **En droit constitutionnel**

Le principe y est énoncé ainsi : « Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi » (art. 66 de la Constitution).

Ainsi le Conseil Constitutionnel déclare-t-il non conformes certaines dispositions de la loi relative à la prévention de l'immigration clandestine (décision DC. n° 79-109 du 9 janvier 1980) qui autorisait, en cas de nécessité, la détention des étrangers en voie d'expulsion, la décision initiale étant prise par l'autorité administrative et un magistrat du siège devant autoriser la prolongation seulement au delà de sept jours. Un tel délai, sans intervention du juge judiciaire, a été jugé excessif, ce qui conférait à la détention un caractère arbitraire : « la liberté individuelle ne peut être tenue pour sauvegardée que si le juge intervient dans le plus court délai possible ».

Certes, le Conseil Constitutionnel admet que l'existence d'une juridiction administrative compétente pour censurer les actes illégaux de la puissance publique constitue une garantie pour la défense des droits et libertés des individus. Il va même jusqu'à reconnaître que, « conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs, figure au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République celui selon lequel, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la

1) Ce principe implique un droit à réparation dont le contenu peut être plus large qu'une simple réparation pécuniaire.

Toutefois, ce droit à réparation ne saurait viser le droit à obtenir la cessation de la privation de liberté, droit garanti quant à lui par l'article 5-4 de la CESDH (affaire *Bozano c/ France*, Commission, décision du 15 mai 1984).

juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle » (DC. n° 86-224 du 23 janvier 1987, à propos de la réforme du droit de la concurrence)<sup>1</sup>. Néanmoins, la décision ne manque pas de prendre en compte le cas des « matières réservées par nature à l'autorité judiciaire », au premier rang desquelles figure, précisément, le cas des atteintes à la liberté individuelle, conséquence logique de l'article 66 de la Constitution<sup>2</sup>.

Il est d'ailleurs à noter que la liberté individuelle, au sens de l'article 66, est entendue largement par le Conseil Constitutionnel, qui y inclut, outre l'interdiction des détentions arbitraires, expressément visée par le texte, l'inviolabilité du domicile (DC. n° 83-164 du 29 décembre 1983, relative aux perquisitions en matière fiscale) et parfois même la protection de l'intimité de la vie privée (DC. n° 76-75 du 12 janvier 1977, à propos d'un texte autorisant les fouilles policières de véhicule). Comme le résume un commentateur<sup>3</sup> « on voit que la liberté individuelle telle qu'elle a été consacrée à ce jour, doit s'entendre d'une manière extrêmement large. Elle recouvre la sûreté, la protection du secret de la vie privée et l'inviolabilité du domicile : on peut en résumer le contenu en disant qu'elle protège les individus, en tant que tels, contre toute entreprise abusive des autorités publiques ».

Du point de vue de la mise en état des affaires pénales, il en résulte que toutes les décisions relatives à la liberté individuelle (au sens défini ci-dessus) doivent être prises par l'autorité judiciaire ou contrôlées par elle, qu'il s'agisse, notamment, de la détention provisoire ou du contrôle judiciaire, mais aussi des perquisitions, des fouilles de véhicule ou, sans doute, des écoutes téléphoniques.

## En droit international

Il est affirmé le droit, pour tout individu arrêté ou détenu, d'être « traduit devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires » (art. 5-3 de la CESDH, art. 9-3 du Pacte) et le droit « d'introduire un recours devant un tribunal » (art. 5-4 de la CESDH, art. 9-4 du Pacte).

1) Voir également, DC n° 89-261 du 28 juillet 1989, décision relative à la police des étrangers, commentaire B. Genevois, *Revue française d'administration publique*, n° 4, 1989.

2) B. Genevois, « Réforme du droit de la concurrence et respect des règles et des principes de valeur constitutionnelle », *Revue française d'administration publique*, 1987, p. 187 et s.

3) P. Wachsmann, *RSC*, 1988 p. 1.



L'exigence d'une garantie judiciaire, pendant la procédure de mise en état, ne concerne donc pratiquement ici que la garde à vue et la détention provisoire. Cependant, dans cette perspective plus limitée, le droit international offre des garanties très complètes, minutieusement précisées par la jurisprudence.

### **La protection assurée par l'article 5-3 de la CESDH garantit que l'individu privé de sa liberté soit effectivement traduit devant un juge lato sensu**

L'arrêt charnière, en la matière, est l'arrêt Schiesser contre Suisse du 4 décembre 1979 qui précise certains principes dégagés par des arrêts antérieurs et en énonce d'autres confortés depuis par des arrêts postérieurs.

La question posée à la Cour était (entre autres) de savoir si un procureur de district suisse à l'origine du placement en détention d'un individu soupçonné de vols qualifiés était un « magistrat » au sens de l'article 5-3.

La Cour observe, eu égard à la lettre, au contexte, à l'objet, et au but de cet article, que « en prévoyant qu'une personne arrêtée doit être aussitôt traduite devant un » juge « ou un » autre magistrat «, l'article 5-3 laisse aux États contractants le choix entre deux catégories d'autorités. Une telle option implique que celles-ci ne se confondent pas entre elles. Cependant, la Convention les mentionne dans le même membre de phrase et part de l'idée que ces autorités s'acquittent de tâches semblables; elle reconnaît clairement de la sorte l'existence d'une certaine analogie entre » juge « et » magistrat », sans quoi la présence de l'adjectif » autre « ne s'expliquerait du reste guère »... « Une analyse littérale donne donc à penser que l'article 5-3 englobe les magistrats du parquet comme ceux du siège »... « En résumé, le » magistrat « ne se confond pas avec le » juge », mais encore faut-il qu'il en possède certaines des qualités, c'est à dire remplisse des conditions constituant autant de garanties pour la personne arrêtée » (§ 27 et s.).

Ces conditions cumulativement posées par la Cour dans l'arrêt Schiesser (entre autres) sont au nombre de trois <sup>1</sup>.

1) Si l'on élimine d'entre elles une condition relative à l'habilitation légale dudit magistrat qui paraît rejoindre l'exigence générale de « qualité de la loi », qui vise certes le droit matériel mais aussi bien sûr le droit processuel. Dans l'affaire Schiesser, l'exigence ne posait pas de problème ; en revanche, on observera que dans deux affaires plus récentes (arrêt Van der Sluijs, Zuiderveld et Klappe c/ Pays-bas du 22 mai 1984 et arrêt Duinhof et Duijf c/ Pays-Bas du 22 mai 1984) la Cour a considéré que « l'auditeur militaire », première autorité devant laquelle les appelés détenus avaient été conduits, ne tenant ses compétences en matière de mise en liberté que d'une « simple pratique interne, sans force obligatoire et dont on pouvait à tout moment s'écarter », ne bénéficiait pas d'une habilitation « donnée par la loi », à exercer des « fonctions judiciaires ».

## **L'indépendance**

Elle s'exerce vis à vis de l'exécutif et des parties.

Vis à vis de l'exécutif, la Cour énonce que l'indépendance « n'exclut pas toute subordination à d'autres juges ou magistrats pourvu qu'ils jouissent eux-mêmes d'une indépendance analogue » (§ 31) (voir également l'arrêt Neumeister c/ Autriche du 27 juin 1968).

L'indépendance suppose que le magistrat n'a reçu en pratique, directement ou indirectement, aucune directive de l'exécutif, avant d'avoir statué sur la privation de liberté. Tel était le cas en l'espèce ; la Cour observe que le procureur de district « a décidé en pleine indépendance la mise en détention provisoire de M. Schiesser » (§ 35). En effet la pratique en vigueur dans le canton de Zurich veut que ni la direction de la justice, ni le procureur général du canton n'adresse d'injonctions en ce qui concerne la mise en détention de tel suspect; quand des directives sont données (ce qui est très rare), elles portent sur des questions de légalité et jamais d'opportunité.

Vis à vis des parties, l'indépendance signifie que le magistrat doit agir comme organe d'instruction et non en cumulant ce rôle avec celui de partie poursuivante.

En l'espèce, la Cour estime les conditions remplies ; le procureur de district « est intervenu exclusivement comme organe d'instruction : en recherchant s'il fallait inculper l'intéressé et le placer en détention provisoire, puis en instruisant le dossier avec l'obligation de s'employer avec un soin égal à établir les faits à la charge et à la décharge de M. Schiesser... Il n'a pas assumé la qualité de partie poursuivante : il n'a ni dressé l'acte d'accusation, ni occupé le siège du ministère public devant la juridiction de jugement... Il n'a donc pas cumulé des fonctions d'instruction avec des fonctions de poursuite, de sorte que la Cour ne se trouve pas appelée à déterminer si la situation contraire eût cadré avec l'article 5-3 » (§ 34).

Les exigences posées par la Commission européenne<sup>1</sup> semblent supérieures : dans son rapport en date du 15 juillet 1983 sur l'affaire Skoogström c/ Suède (arrêt du 2 octobre 1984 constatant le règlement amiable intervenu entre le demandeur et l'État défendeur), la Commission estime que le procureur n'est pas un magistrat indépendant des parties dans la mesure où il exerce à la fois des fonctions de poursuite et des fonctions d'instruction même si ce n'est pas la même personne physique qui a rempli ces deux types de fonctions :

**« L'obligation pour le « magistrat » d'entendre personnellement l'individu traduit devant lui » (arrêt Schiesser § 31)**

1) Dans le même sens cf. l'opinion dissidente du juge Evrigenis dans l'arrêt Schiesser.

## **L'examen approfondi des motifs de la détention**

Le magistrat concerné doit avoir la compétence « d'examiner les circonstances qui militent pour ou contre la détention, de se prononcer selon des critères juridiques sur l'existence de raisons la justifiant et, en leur absence, d'ordonner l'élargissement ».

Dans l'affaire Schiesser, le procureur avait cette compétence.

En revanche, dans l'affaire *Irlande c/ Royaume-Uni* (arrêt du 18 janvier 1978), un comité consultatif traitant de l'internement éventuel de terroristes ne fut pas considéré par la Cour comme un « magistrat... » au sens de l'article 5-3 car « le comité consultatif auquel les internés avaient la faculté d'adresser leurs réclamations pouvait au maximum... recommander l'élargissement, non le prescrire » (§ 200).

Ces principes essentiels dégagés par la Cour dans l'affaire Schiesser ont été repris dans des affaires relatives au placement en détention provisoire d'appelés du contingent inculpés (entre autres infractions) de refus d'obéissance (arrêt *Van der Sluijs, Zuiderveld et Klappe c/ Pays-Bas* du 22 mai 1984, arrêt *Duinhof et Duijf c/ Pays-Bas* du 22 mai 1984, arrêt *Pauwels c/ Belgique* du 26 mai 1988).

## **Aux termes de l'article 5-4 de la CESDH, « toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal... »**

Dans l'affaire dite « vagabondage » (arrêt de *Wilde, Ooms et Versyp c/ Belgique* du 18 juin 1971), la Cour énonce que :

- cet article peut être invoqué par toute personne privée de sa liberté, quel que soit le motif de sa détention ; le champ d'application de ce texte couvre donc celui du paragraphe 3 mais en l'excédant largement ;
- cette protection bénéficie à toute personne privée de sa liberté, que cette privation soit régulière au sens de l'article 5-1 ou non <sup>1</sup>.

Une fois précisé le champ d'application de l'article 5-4, il convient d'étudier comment la Cour entend l'exigence d'un « recours » devant un « tribunal ».

1) Le droit au recours devant un tribunal appartient notamment :  
— au gardé à vue (*Commission, rapport Dobbertin c/ France* du 4 décembre 1985) ;  
— au détenu provisoire (arrêt *Schiesser c/ Suisse* du 4 décembre 1979 où le grief n'a pas été examiné, faute d'épuisement des voies de recours interne) ;  
— au détenu avant expulsion (arrêt *Bozano c/ France* du 18 décembre 1986).

### **La notion de recours**

Elle a été précisée par la Cour dans l'affaire de Wilde : le terme ne doit pas être pris dans son acception étroite française, mais au sens large de la version anglaise qui utilise le mot « proceedings » et non celui de « appeal », de « recourse » ou de « remedy ». Le texte offre donc à l'individu arrêté ou détenu « le droit à une vérification juridictionnelle de la légalité de la mesure » (§ 76).

L'examen des cas dans lesquels ce « recours » va devoir être assuré par l'État est intéressant dans la mesure où il permet à nouveau de relier les paragraphes 3 et 4 de l'article 5.

La Cour distingue en effet, dans l'affaire de Wilde, les mesures privatives de liberté d'origine administrative et les mesures privatives de liberté d'origine judiciaire : « si la décision privative de liberté émane d'un organe administratif, l'article 5-4 astreint sans nul doute les États à ouvrir au détenu un recours auprès d'un tribunal » (§ 76) ; rien n'indique qu'il en aille de même quand elle est rendue par un tribunal statuant à l'issue d'une procédure judiciaire. Dans cette dernière hypothèse, le contrôle voulu par l'article 5-4 se trouve incorporé à la décision privative de liberté.

### **La notion de tribunal**

Elle a été définie par la Cour dans plusieurs de ses arrêts, les plus significatifs étant les arrêts de Wilde, Ooms et Versyp c/ Belgique du 18 juin 1971, Winterwerp c/ Pays-Bas du 24 octobre 1979, X c/ RU du 5 novembre 1981, Van Droogenbroeck c/ Belgique du 24 juin 1982 et Weeks c/ RU du 2 mars 1987.

Dans un souci de clarté, on distinguera les caractéristiques du tribunal lui-même et les garanties de la procédure suivie devant le tribunal.

. *Les caractéristiques du tribunal.* Dans l'affaire Weeks la Cour rappelle que « l'article 5-4 n'entend pas nécessairement une juridiction de type classique, intégrée aux structures judiciaires ordinaires du pays », mais désigne d'une part « des organes présentant... des traits fondamentaux communs, au premier rang desquels se place l'indépendance par rapport à l'exécutif et aux parties », d'autre part un organe qui « ne doit pas posséder de simples attributions consultatives, mais aussi la compétence de « statuer » sur la « légalité » de la détention et d'ordonner la libération en cas de détention illégale » (§ 61) (voir aussi supra les exigences de la Cour au regard de l'article 5-3).

Ce « tribunal », pour répondre pleinement aux stipulations conventionnelles, doit aussi assurer au détenu certaines garanties de procédure.

. *Les garanties de procédure.* La Cour rappelle que « si les instances judiciaires relevant de l'article 5-4 ne doivent pas toujours s'entourer de garanties identiques à celles que l'article 6-1 prescrit pour les litiges

civils ou pénaux, encore faut-il que l'intéressé ait accès à un tribunal et ait l'occasion d'être entendu lui-même ou, au besoin, moyennant une certaine forme de représentation, sans quoi il ne jouira pas des garanties fondamentales de procédure appliquées en matière de privation de liberté » (arrêt Winterwerp précité § 60). Elle juge aussi que, « pour déterminer si une procédure offre des garanties suffisantes, il faut avoir égard à la nature particulière des circonstances dans lesquelles elle se déroule » (arrêts Winterwerp § 57 et Van Droogenbroeck § 47 précités, Bouamar c/ Belgique du 29 février 1988 § 57). Enfin, elle considère que, selon « les circonstances », la violation des garanties de procédure peut résulter du caractère insuffisamment contradictoire du procès, l'intéressé n'ayant jamais comparu personnellement (arrêt Sanchez Reisse c/ Suisse du 21 octobre 1986), du défaut d'assistance effective d'un avocat auprès d'un mineur (arrêt Bouamar précité), du caractère trop réduit du contrôle assuré par « l'habeas corpus » (arrêt X c/ RU précité, internement prolongé d'un aliéné), ou encore du fait que le détenu a été victime « d'une certaine faiblesse de procédure », dans la mesure où l'autorité n'est pas astreinte à lui révéler tous les éléments défavorables en sa possession (arrêt Weeks précité § 66).

## **Propositions de la Commission**

### **Définition du principe**

*Un juge doit intervenir, dès la mise en état des affaires pénales, pour tous les actes relatifs aux libertés individuelles (liberté d'aller et venir, vie privée,...). Cette intervention peut présenter plusieurs formes selon que le juge prend lui même la décision, l'autorise ou la contrôle. En cas de privation de liberté, elle impose au juge d'entendre personnellement l'intéressé et implique le pouvoir d'ordonner la cessation de la mesure.*

### **Conséquences (quelques exemples)**

Par rapport au système actuel, ce principe pourrait conduire à généraliser l'intervention du juge en matière de garde à vue (cf. art. 706-23 du CPP, terrorisme), de perquisitions et saisies (cf. loi n° 84-1208 du 29 décembre 1984 - infractions fiscales - et ordonnance n° 86-1243 du 1<sup>er</sup> décembre 1986 - infractions économiques -), c'est-à-dire à propos d'actes d'investigation mettant en cause des libertés individuelles, et à rendre effective la règle de la comparution personnelle de la personne retenue.

## Prolongements proposés

La condition d'impartialité du juge, de même qu'elle impose déjà la séparation des fonctions d'instruction et de jugement, pourrait impliquer aussi la *séparation des fonctions d'enquête et des fonctions juridictionnelles*, séparation consacrée dans la plupart des pays européens. Cette exigence pourrait aboutir à diverses solutions selon que les fonctions d'enquête seraient confiées à un juge ou à une autre autorité et que les fonctions juridictionnelles seraient confiées à un juge unique ou à une collégialité.

Les *actes relevant de la fonction juridictionnelle* comprennent les actes relatifs aux libertés individuelles dans le sens défini ci-dessus, y compris certains actes d'investigation lorsqu'ils mettent en cause les libertés individuelles. Ils comprennent également la vérification de la régularité de la procédure de mise en état. Selon la solution retenue (voir ci-dessus), la clôture de la mise en état pourrait aussi relever de la fonction juridictionnelle.

La garantie judiciaire suppose, en principe, la *motivation*, la *contradiction* (voir ci-dessous les droits de la défense), la *publicité* et la possibilité d'un *recours* également ouvert à chacune des parties (voir ci-dessous « l'égalité des armes »).

Si la motivation s'impose dans tous les cas, en revanche, les autres exigences devraient être écartées dans certains cas, notamment pour les décisions relatives à des actes d'investigation.

Ainsi, en ce qui concerne la publicité, pour des raisons d'efficacité évidentes, le secret resterait indispensable pour l'enquête proprement dite. Il devrait être complété par l'adaptation des sanctions civiles existantes, de manière à protéger de façon effective et efficace la vie privée et la présomption d'innocence. En revanche, la notion de garantie judiciaire des libertés pourrait impliquer une certaine publicité, du moins lorsqu'elle est compatible avec les intérêts de la justice et des parties, et lorsque la décision est prise par l'autorité judiciaire. Si elle était retenue, la séparation des fonctions d'enquête par rapport aux fonctions juridictionnelles faciliterait la mise en oeuvre de cette distinction.

Au delà des caractères propres aux décisions juridictionnelles, les *parts respectives de l'oral et de l'écrit* dans la procédure devraient être déterminées.

## Extension envisageable

Outre la question essentielle de la séparation des fonctions d'enquête et des fonctions juridictionnelles, et quelle que soit la réponse apportée sur ce point, devrait être examinée la possibilité d'introduire la *collégialité*. En effet, bien qu'elle ne soit pas de règle en Europe, celle-ci a été récemment admise, sous deux formes différentes par notre parlement (loi n° 85-1303 du 10 décembre 1985 et loi n° 87-1062 du 30 décembre 1987), puis remise en cause (loi n° 89-461 du 6 juillet 1989): certains voient dans la collégialité un renforcement de la garantie des libertés, d'autres craignent qu'elle n'entraîne une dilution des responsabilités.

## La proportionnalité

Sans être formulé aussi clairement qu'en matière de peines (art. 8 de la Déclaration de 1789 « la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires »), le principe de nécessité, donc de proportionnalité, s'impose aussi à la phase de la mise en état :

- d'une part, la Déclaration de 1789 le déduit, en matière privative de liberté, de la présomption d'innocence selon la formule commune de l'article 9 (« Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi ») ;
- d'autre part, la CESDH exige que les restrictions aux droits et libertés énoncés par les articles 8 à 11 (vie privée, liberté de pensée, d'expression, de réunion...) soient « nécessaires dans une société démocratique » au but invoqué (notamment la sécurité nationale et la sûreté publique, la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales, la protection des droits et libertés d'autrui).

Selon la jurisprudence européenne, l'exigence de la nécessité de la mesure entraîne obligatoirement un contrôle de proportionnalité<sup>1</sup>.

C'est ainsi qu'ont été jugées nécessaires certaines atteintes aux libertés individuelles :

- la transmission au tribunal de la compilation de données personnelles régulièrement détenues par les autorités de police est conforme à l'article 8-2 (vie privée) dès lors qu'elle a été établie à l'occasion de l'affaire et dans le seul but de faciliter la tâche du juge, l'ingérence étant nécessaire à la prévention des infractions pénales (affaire X c/ Autriche, Commission, décision du 4 mai 1979);

<sup>1</sup>) Sur cette question dans son ensemble, voir *Raisonnement la raison d'État, vers une Europe des droits de l'homme*, PUF, 1989.

- s'agissant de la recherche des infractions à la sûreté de l'État, l'absence de notification a posteriori à l'intéressé de la surveillance secrète des communications est justifiée lorsque la notification risque de compromettre l'objectif de l'ingérence (affaires Mersch et autres c/ Luxembourg et MS et PS c/ Suisse, Commission, décisions du 10 mai 1985 et du 14 octobre 1985);

- et plus largement, sont justifiées certaines pratiques telles que la constitution de renseignements par la police, nécessaire au regard de l'article 8-2 - respect de la vie privée - (arrêt Leander c/ Suède du 26 mars 1987), la saisie d'ouvrages pornographiques (arrêt Handyside c/ RU du 7 décembre 1976) ou la saisie de toiles pornographiques, nécessaire au sens de l'article 10-2 - liberté d'expression - (arrêt Müller et autres c/ Suisse du 24 mai 1988), la confiscation d'objets importés frauduleusement, nécessaire donc proportionnelle au but poursuivi au sens de l'art. 1-2 du protocole additionnel n° 1 - droit de propriété - (arrêt Agosi c/ RU du 24 octobre 1986).

Bien plus, l'exigence de proportionnalité a été évoquée par la Cour à propos de l'article 6-1, alors même que ce texte n'y fait aucune allusion expresse (arrêt Ashingdane c/ RU du 28 mai 1985): « les limitations au droit d'accès à un tribunal au sens de l'article 6-1 ne pourraient restreindre l'accès ouvert à l'individu d'une manière ou à un point tel que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même... en outre, elles ne se concilient avec l'article 6-1 que si elles poursuivent un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé » (§ 57).

Quand bien même il n'y aurait pas de jurisprudence européenne relative à l'application du critère de proportionnalité à l'article 5-1, il ne paraît pas téméraire de soutenir que ce principe est sous-jacent au texte.

Ce principe, qui sous-tend d'ailleurs de façon implicite certaines dispositions du CPP (par exemple celles qui distinguent, quant au principe de la détention provisoire, selon la peine encourue, donc selon la gravité de l'infraction pour laquelle on a été inculpé), pourrait ainsi faire explicitement partie des principes fondamentaux de la mise en état pénale.

## Propositions de la Commission

### Définition du principe

*Les mesures coercitives, privatives ou restrictives de liberté ou de droit, prises au cours de la procédure de mise en état ne sont admises qu'à la condition d'être nécessaires à la défense de l'intérêt général et proportionnées à ce but.*



## Conséquences (quelques exemples)

Qu'il s'agisse de privations de liberté, comme la garde à vue et la détention provisoire, ou de mesures restrictives, comme le contrôle judiciaire, les perquisitions et les écoutes téléphoniques, une proportion devrait être respectée entre la mesure (sa nature, sa portée ou sa durée) et l'objectif de défense de l'intérêt général<sup>1</sup>.

Pourrait se trouver ainsi remise en cause la distinction actuellement fondée, non sur un critère de proportionnalité, mais sur un critère de flagrance, quand il s'agit de l'étendue des pouvoirs reconnus lors de l'enquête initiale (voir supra p. 37).

## La présomption d'innocence

Affirmée sous la forme de l'interdiction des rigueurs excessives prises contre l'accusé présumé innocent (art. 9 de la Déclaration de 1789), la présomption d'innocence, bien que rarement invoquée en procédure pénale devant le Conseil Constitutionnel, est cependant un principe essentiel en ce domaine. Elle est d'ailleurs visée dans deux décisions : l'une qui écarte l'argumentation, au motif qu'il s'agissait d'une mesure de police et non de droit pénal (DC. n° 79-109 du 9 janvier 1980, à propos de la loi dite « loi Bonnet » sur les étrangers) ; l'autre qui concerne la loi dite « sécurité et liberté » et plus particulièrement la procédure de saisine directe instituée par cette loi. Le Conseil Constitutionnel (DC. n° 80-127 des 19-20 janvier 1981) ne censure pas le texte sur ce point, mais il fonde sur la présomption d'innocence une sorte de directive qu'il adresse aux magistrats chargés d'appliquer la loi. Il souligne en effet « qu'un recours non pertinent du procureur de la République à l'une des procédures de saisine directe aurait nécessairement pour conséquence, en raison de la présomption d'innocence dont bénéficie le prévenu, soit la relaxe de celui-ci, soit la décision de procéder à un supplément d'information ».

De leur côté, la CESDH (art. 6-2) et le Pacte de l'ONU (art. 14-2) l'imposent également. Formalisée de façon un peu différente dans les

1) En RFA, parmi les conditions de fond du placement en détention provisoire, figure le principe de proportionnalité (« Grundsatz der Verhältnismässigkeit ») qui veut que la mesure ne puisse être ordonnée lorsqu'elle est « hors de proportion avec l'importance de l'affaire et avec la peine ou mesure de rééducation et de sûreté à laquelle il y a lieu de s'attendre » (§ 112 al. 1 du CPP).

versions française et anglaise de la Convention<sup>1</sup>, la présomption d'innocence n'interdit pas seulement, à la phase de jugement, de condamner sans preuve de culpabilité ; elle entraîne aussi des conséquences, dès la phase antérieure.

La présomption d'innocence exige qu'aucun représentant de l'État ne « déclare qu'une personne est coupable d'une infraction avant que la culpabilité ait été établie par un tribunal » (affaires Krause c/ Suisse, RF et SF c/ Autriche, Commission, décisions du 3 octobre 1978 et du 7 octobre 1985) ;

De même en accordant une interview télévisée, les autorités judiciaires peuvent révéler qu'une information pénale a été ouverte contre une personne déterminée, mais vu le risque de malentendus au sein du public, ils doivent se garder de ne rien dire qui puisse donner à penser que cette personne est coupable (affaire X c/ Pays-Bas, Commission, décision du 17 décembre 1981).

En outre, la présomption d'innocence pourrait faire obstacle à certaines procédures de transaction (cf. arrêt Deweer c/ Belgique du 27 février 1980) ou de classement de l'affaire par le parquet sous conditions, si elles laissaient supposer que le bénéficiaire du classement est coupable (cette analyse peut être déduite notamment de l'arrêt Minelli c/ Suisse du 25 mars 1983).

Dans le même sens, il a été jugé qu'une décision refusant à l'accusé, après arrêt des poursuites, le remboursement des frais et dépens exposés et une réparation pour détention provisoire, peut poser un problème sous l'angle de l'article 6-2, si des motifs indissociables du dispositif équivalent en substance à un constat de culpabilité, sans établissement légal préalable de celle-ci, et notamment sans que l'intéressé ait eu le droit d'exercer les droits de la défense (arrêts Lutz, Englert et Nölkenbockhoff c/ RFA du 25 août 1987).

Cependant, même si les termes employés par les juges sont « ambigus et peu satisfaisants », « l'état de suspicion » qu'ils décrivent ne saurait valoir « constat de culpabilité » (arrêts du 25 août 1987, précités).

Enfin il faut signaler, bien qu'il s'agisse moins d'une règle de procédure que d'une règle de fond déterminant la constitution d'une infraction, que certaines présomptions de responsabilité pénale n'ont pas été jugées par elles-mêmes contraires à la présomption d'innocence (arrêt Salabiaku c/ France du 7 octobre 1988) ; dès lors que les juridictions pénales n'appliquent pas les dispositions de droit interne « d'une manière portant atteinte à la présomption d'innocence » (§ 30).

1) Article 6-2 de la CESDH :

— version française : « Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie » ;

— version anglaise : « Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law ».

# Propositions de la Commission

## Définition du principe

*Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été établie selon les voies légales et constatée par un juge.*

## Conséquences (quelques exemples)

La privation de liberté doit être effectivement exceptionnelle.

La partie poursuivante doit prouver la culpabilité et non l'accusé son innocence, avec ce corollaire que le doute doit profiter à l'accusé.

Les preuves doivent être recueillies dans des conditions qui les rendent incontestables. D'où la nécessité de privilégier la recherche des preuves objectives (c'est à dire établies sur la base de faits matériels extérieurs à la personne de l'accusé) et de prendre toutes mesures pour éviter que des aveux ou des témoignages ne soient obtenus sous la contrainte, la pression ou la menace.

## Prolongements proposés

L'accusé devrait être averti de son droit au silence.

L'accusé pourrait renoncer à la présomption d'innocence en choisissant de plaider coupable, mais ce choix ne pourrait avoir lieu qu'avec l'assistance d'un avocat, après avis des autres parties et sous le contrôle du juge.

La présomption d'innocence pourrait entraîner, lors du jugement, la césure entre le prononcé de la culpabilité (au vu des seuls éléments de fond) et la détermination de la peine (après examen des éléments relatifs à la personnalité), celle-ci pouvant intervenir soit immédiatement, soit lors d'une audience ultérieure.

## Les droits de la défense

Reconnus depuis longtemps comme principe général du droit par les jurisprudences judiciaire et administrative, le respect des droits de la défense est un principe à valeur constitutionnelle qui a été à plusieurs

reprises rattaché par le Conseil Constitutionnel aux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (DC. n° 76-70 du 2 décembre 1976, loi relative à la prévention des accidents du travail, DC. n° 80-127 des 19-20 janvier 1981, loi dite « sécurité et liberté »). Il a été également invoqué à propos de la lutte contre le terrorisme (DC. n° 86-213 du 3 septembre 1986), la création de juridictions d'exception n'étant admise en ce domaine (malgré le principe d'égalité, voir ci-dessous) que dans la mesure où les droits de la défense sont sauvegardés.

Toutefois, à la différence de ce que l'on constate dans d'autres systèmes constitutionnels, notamment les systèmes allemand, américain, italien, espagnol ou portugais, le contenu des droits de la défense n'est guère précisé, notamment à la phase de la mise en état des affaires. Sur ce point comme sur d'autres, les engagements internationaux ratifiés par la France apportent des précisions.

Exprimé à propos de la procédure de jugement, où il est rattaché au principe plus large du procès équitable (art. 6 de la CESDH, art. 14 du Pacte), le respect des droits de la défense entraîne nécessairement des conséquences dès la phase de mise en état.

Ainsi, la Commission Européenne considère que la question de savoir si un procès a été conforme au principe de l'équité doit être tranchée sur la base d'une appréciation de la procédure dans son ensemble (affaire X c/ RFA, Commission, décision du 7 décembre 1982); elle précise en particulier que, dans un système procédural où l'administration des preuves se fait lors de l'instruction, elle doit s'assurer du respect de l'article 6-3c en prenant en considération l'ensemble de la procédure. C'est pourquoi, la Commission européenne estime qu'on ne saurait exclure l'application de l'article 6-3c (assistance effective d'un avocat) à ce stade de la procédure (affaire W c/ Suisse, Commission, décision du 13 juillet 1983, affaire X c/ RFA, Commission, décision du 7 décembre 1982).

Comme le souligne le rapport de la Commission Européenne dans l'affaire Can c/ Autriche du 12 juillet 1984 :

« Les garanties énoncées aux différents alinéas de l'article 6-3 ne sont pas toutes de même nature. Certaines sont conçues par leur caractère même pour servir de ligne directrice de la conduite du procès au sens formel ; elles ne sont donc pas applicables, et d'ailleurs souvent ne peuvent pas être appliquées à un stade antérieur de la procédure. Cependant le champ d'application des dispositions de l'article 6-3 b et c) n'est pas nécessairement limité au procès lui-même. En particulier l'article 6-3 b vise dans son libellé la » préparation « de la défense, pour laquelle il faut laisser à l'accusé le temps et les facilités nécessaires, ce qui implique donc la nécessité de prendre certaines mesures avant le procès lui-même. Le paragraphe 3c de l'article 6 n'indique pas lui-même à quel stade de la procédure il s'applique et laisse donc place à une

interprétation à cet égard. Il appartient à un groupe de dispositions de l'article 6 qui peuvent s'appliquer au procès lui-même autant qu'à une phase antérieure de la procédure » (§ 47).

A l'inverse, il semble aussi que les garanties de procédure pendant l'instruction peuvent compenser le fait que des éléments de preuve aient été recueillis de manière inéquitable, au stade du jugement, interprétation déduite a contrario de l'arrêt Barbera, Messegué et Jabardo du 6 décembre 1988, où la Cour énonce que « les lacunes observées au stade du procès ne furent pas compensées par des garanties de procédure pendant l'instruction » (§ 84).

D'où la nécessité de rappeler, dès le stade de la mise en état, les différentes composantes des droits de la défense, telles qu'elles sont énoncées par l'article 6-3 de la CESDH.

« Tout accusé a droit notamment à :

a) être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui ;

b) disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense ;

c) se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent ;

d) interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge ;

e) se faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience. »

## **Le droit d'être informé (art. 6-3a et 5-2)**

Il est lié à l'exigence d'une procédure contradictoire.

L'article 6-3a n'impose aucune forme particulière quant à la manière dont l'accusé doit être informé de la nature de la cause, en conséquence, est suffisante une information donnée même verbalement à l'accusé lui-même ou à son défenseur quelques jours après l'ouverture de l'instruction préliminaire (affaire X c/ Pays-Bas, Commission, décision du 17 décembre 1981) ; en outre, l'information doit porter sur les faits matériels mis à la charge de l'accusé et sur leur qualification juridique sans qu'il soit nécessaire de mentionner les éléments de preuve (affaire X c/ Belgique, Commission, décision du 9 mai 1977).

Ce droit de l'accusé à l'information est, bien sur, inséparable de celui dont bénéficie, en amont, toute personne arrêtée, avant son placement

en garde à vue ou en détention provisoire, comme l'énonce l'article 5-2 : « toute personne arrêtée doit être informée... des raisons de son arrestation et de toute accusation portée contre elle ». Ainsi, la communication à l'inculpé de la copie du mandat d'arrestation énonçant les motifs de la privation de liberté et le détail des inculpations retenues est conforme aux exigences de cet article (arrêt Lamy c/ Belgique du 30 mars 1989).

### **Le temps nécessaire à la préparation de la défense (art. 6-3b)**

Il doit être établi sur une base différente pour les différentes phases de la procédure (affaire X c/ Belgique, Commission, décision du 9 mai 1977).

### **Le droit à l'assistance d'un avocat (art. 6-3c)**

Ce droit doit non seulement exister (arrêt Campbell et Fell c/ RU du 28 juin 1984) mais encore être effectif (arrêt Artico c/ Italie du 13 mai 1980). Les instances européennes en ont déduit, lors de la phase de mise en état, des conséquences relatives à la valeur de l'aveu obtenu par la police hors de la présence de l'avocat :

- « au moment de leurs aveux à la police, les requérants se trouvaient déjà inculpés mais ne bénéficiaient pas de l'assistance d'un avocat bien que ne paraissant pas y avoir renoncé ; partant lesdits aveux, obtenus de surcroît pendant une longue période de garde à vue subie au secret, appellent des réserves de la part de la Cour » (arrêt Barbera, Messegué et Jabardo précité § 87, comp. affaire Woukam Moudefo c/ France, Commission, rapport du 8 juillet 1987, § 91, « la Commission constate que le requérant n'a pu se faire assister d'un avocat pour les besoins de la procédure lors de l'examen de son pourvoi (en cassation) et considère que dans les circonstances de l'espèce il n'a pas bénéficié pleinement du droit d'être entendu, garantie fondamentale de la procédure dans le cadre de l'article 5-4 ») ;

- de même, lorsque l'accusation « repose uniquement sur des aveux faits par l'accusé sans avoir pu consulter son avocat, il doit exister une procédure permettant d'examiner la valeur de ce moyen de preuve » (affaire G c/ RU, Commission, décision du 13 octobre 1983, comp. arrêt Barbera, Messegué et Jabardo du 6 décembre 1988 : « les dits aveux obtenus de surcroît pendant une longue garde à vue subie au secret, appellent des réserves de la part de la Cour »).

En outre, la Cour européenne a jugé que l'article 6-3c impose l'obligation pour un avocat d'assister un accusé sans ressources (arrêt Pakelli c/ RFA du 25 avril 1983) et que cette obligation ne saurait s'analyser,

pour l'avocat désigné, en un travail forcé ou obligatoire au sens de l'article 4-2 (arrêt Van der Musselle c/ Belgique du 23 novembre 1983).

Cependant, des limites sont posées et des restrictions admises au plan européen :

- le droit à un entretien avec un avocat est un droit susceptible de restriction, l'article 6-3 (b et c) ne garantissant pas le droit de s'entretenir en tout temps avec son conseil, ni d'échanger avec lui des instructions ou informations confidentielles sans aucune restriction (affaires Bonzi c/ Suisse, Schertenleib c/ Suisse, Kurup c/ Danemark, Commission, décisions du 12 juillet 1978, du 12 juillet 1979 et du 10 juillet 1985) ;
- les limitations apportées aux entretiens entre un accusé et son conseil s'apprécient par rapport à l'ensemble du procès pour déterminer si celui-ci a été équitable (affaire X c/ Portugal, Commission, décision du 13 décembre 1983).

## Les témoignages

Si l'article 6-3d pose explicitement le principe de l'égalité des armes (voir infra p. 97), en revanche, ce texte ne fait aucune allusion aux conditions d'admissibilité et d'utilisation en justice desdits témoignages. Les instances européennes ont donc posé les principes suivants, dans le droit fil des exigences générales de l'article 6-1 :

- l'article 6-3d n'exige pas la présence de l'accusé lors de l'audition des témoins avant le procès dès lors que les mêmes témoins sont à nouveau entendus et peuvent être interrogés par la défense pendant le procès (affaire X c/ RFA, Commission, décision du 4 juillet 1979) ;
- la police peut garantir aux témoins de conserver leur anonymat en contrepartie de leur déposition ; l'article 6-3d ne peut être interprété comme reconnaissant à l'accusé un droit absolu de faire convoquer à l'audience tout informateur ou dénonciateur, notamment quand celui-ci a obtenu de la police de conserver l'anonymat (affaire X c/ Belgique, Commission, décision du 3 mai 1979) ;
- enfin, il a été jugé par la Cour (arrêt Bricmont c/ Belgique du 7 juillet 1989, § 77) qu'il « incombe en principe au juge national de décider de la nécessité ou de l'opportunité de citer un témoin, seules des circonstances exceptionnelles (non établies en l'espèce) pouvant conduire la Cour européenne à considérer incompatible avec la Convention la non audition d'une personne comme témoin ». En effet, la Cour admet qu'une « réglementation spéciale de l'audition et de l'interrogatoire de hauts personnages de l'État (la famille royale) se rencontre dans l'ordre juridique interne de plusieurs États membres du Conseil de l'Europe », estimant que « son existence se fonde sur des raisons objectives et ne se heurte pas, en tant que telle, à l'article 6 de la Convention » ;

- en revanche, a été considéré comme violant l'article 6-1 combiné avec l'article 6-3d, le fait de condamner pénalement un individu à partir de déclarations faites aux enquêteurs par de proches parents et lues lors de l'audience, à la suite du refus légitime des intéressés de venir témoigner ; par là, l'intéressé s'était vu privé du droit « d'interroger ou faire interroger les témoins » sur leurs déclarations (arrêt *Unterpertinger c/ Autriche* du 24 novembre 1986, § 29 et s.).

## Les moyens de preuve

Plus généralement, il faut rappeler que les instances européennes n'ont pas pour tâche de dire si les tribunaux nationaux ont correctement apprécié les preuves, mais d'examiner si les moyens de preuve fournis pour et contre l'accusé ont été présentés de manière à garantir un procès équitable et de s'assurer que le procès dans son ensemble a été conduit de manière à obtenir ce même résultat.

D'ailleurs, l'article 6-1 ne régit pas comme tel l'admissibilité et la force probante des moyens de preuve ; c'est ainsi que :

- ne fait pas preuve de partialité le juge qui, conformément à un principe du droit interne, rejette un document produit par une partie, au motif que sa possession est illicite (*affaire X c/ RU*, Commission, décision du 6 octobre 1976);
- est admissible le moyen de preuve indirecte tel qu'une déclaration faite par un prévenu lors d'une procédure antérieure (*affaire S. c/ RFA*, Commission, décision du 13 décembre 1983);
- le respect du droit à un procès équitable n'exclut pas que le juge se fonde notamment sur des témoignages indirects ; en particulier qu'en entendant un témoin il se réfère aux déclarations faites par celui-ci à la police et entende l'officier de police qui les a recueillis (*affaire X c/ RFA*, Commission, décision du 4 juillet 1979);
- l'utilisation au cours d'un procès du témoignage obtenu d'un complice contre promesse de ne pas poursuivre ledit complice peut mettre en question le caractère équitable du procès fait à l'accusé (en l'espèce cependant, la manière dont le témoignage a été obtenu avait été ouvertement discutée avec l'avocat de la défense et exposée au jury, de plus la cour d'appel a soigneusement examiné s'il avait été dûment tenu compte de ces circonstances dans l'évaluation dudit témoignage et si les dires du témoin avaient été confirmés) (*affaire X c/ RU*, Commission, décision du 6 octobre 1976);
- est admissible l'enregistrement d'une conversation téléphonique obtenue illégalement par les autorités de police dès lors que pendant le procès les droits de la défense n'ont pas été méconnus et que l'enregistrement n'a pas constitué le seul moyen de preuve (arrêt *Schenk c/ Suisse* du 12 juillet 1988, « la Cour ne saurait exclure par principe et in abstracto l'admissibilité d'une preuve recueillie de manière illégale, du



genre de celle dont il s'agit - écoute téléphonique -, il lui incombe seulement de rechercher si le procès a présenté dans l'ensemble un caractère équitable » § 46);

- et, compte tenu du pouvoir des tribunaux d'apprécier librement les preuves, il n'y a pas violation de l'article 6-1 du seul fait que la cour d'assises entend publiquement l'enregistrement magnétique d'une confrontation entre deux accusés, effectuée par la police au su des intéressés (affaire X c/ Belgique, Commission, décision du 16 octobre 1980)<sup>1</sup>.

## Propositions de la Commission

### Définition du principe

*Tout accusé a droit notamment à :*

- être informé, dans le plus court délai et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui ;
- se défendre lui-même ou être assisté d'un défenseur choisi par lui ou désigné d'office s'il le désire et, le cas échéant, par un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée ;
- disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense.

### Conséquence (exemple)

L'avocat d'office doit être rémunéré par l'État dans des conditions lui permettant d'accomplir toutes les prestations nécessaires à la défense.

### Prolongement proposé

La présence de l'avocat devrait être admise, comme dans beaucoup de pays européens, dès le stade de la garde à vue si la personne arrêtée le demande.

### Alternative envisageable

La présence de l'avocat pourrait être la condition de la valeur probante des aveux recueillis.

1) Quant au droit à l'assistance gratuite d'un interprète, la procédure pénale française est conforme aux exigences européennes depuis l'entrée en vigueur du décret n° 87-634 du 4 août 1987.

## L'égalité entre les justiciables

Expressément posé par les articles 1 et 6 de la Déclaration de 1789 et par les articles 1 et 2 de la Constitution, le principe d'égalité a d'abord été invoqué, en matière pénale, à la phase de jugement où il devait faire l'objet d'une interprétation stricte par le Conseil Constitutionnel (DC. n° 75-56 du 23 juillet 1975 dite « juge unique »).

Sans prendre directement parti sur la question de la collégialité, celui-ci déclare non conforme à la Constitution les dispositions de la loi qui laissaient au président du tribunal de grande instance la faculté, en toute matière relevant de la compétence du tribunal correctionnel (à l'exception des délits de presse) de décider de manière discrétionnaire et sans recours si ce tribunal serait composé de trois magistrats ou d'un juge unique.

Avant même de relever la violation de l'article 34 de la Constitution (en ce qu'il réserve à la loi le soin de fixer les règles de procédure), le Conseil Constitutionnel souligne qu'en conférant un tel pouvoir, la loi déferée « met en cause, alors surtout qu'il s'agit d'une loi pénale, le principe d'égalité devant la justice qui est inclus dans le principe d'égalité devant la loi proclamé dans la Déclaration des droits de l'homme de 1789 et solennellement réaffirmé par le préambule de la Constitution ». La Haute Juridiction considère, en effet, que « le respect de ce principe fait obstacle à ce que des citoyens se trouvant dans des conditions semblables et poursuivis pour les mêmes infractions soient jugés par des juridictions composées selon des règles différentes ».

Par d'autres décisions, le Conseil Constitutionnel a précisé son analyse. Par sa décision DC. n° 80-127 des 19-20 janvier 1981 (à propos de la loi dite « sécurité et liberté »), il juge conformes à la Constitution les dispositions qui laissaient au procureur de la République le choix entre diverses procédures de poursuites (saisine du tribunal, ouverture d'une instruction ou « saisine directe », permettant, sans flagrant délit, un jugement immédiat). La Haute juridiction relève d'abord qu'il est loisible au législateur « de prévoir des règles de procédure différentes selon les faits, les situations et les personnes auxquelles elles s'appliquent, pourvu que les différences ne procèdent pas de discriminations injustifiées et que soient assurées des garanties égales aux justiciables ». Elle souligne ensuite que, d'ailleurs, « le jugement de l'affaire au fond appartient à la même juridiction », éclairée au besoin par le supplément d'information qu'elle peut toujours ordonner (cf., dans le même sens, DC. n° 86-215 du 3 septembre 1986, à propos de la loi relative à la lutte contre la criminalité et la délinquance).

En d'autres termes, le principe d'égalité devant la justice pénale s'imposerait avec moins de vigueur à la phase préparatoire dès lors qu'il est respecté à la phase de jugement.

Mais, sans distinguer les deux phases, la Haute Instance a nuancé son analyse en 1986 (DC. n° 86-213 du 3 septembre 1986, à propos de la loi relative à la lutte contre le terrorisme et les atteintes à la sûreté de l'État), en jugeant que le législateur peut « prévoir des règles de procédure différentes selon les faits, les circonstances et les personnes auxquelles elles s'appliquent », deux conditions devant alors être respectées : « que ces différences ne procèdent pas de discriminations injustifiées, et que soient assurées aux justiciables des garanties égales, notamment quant au respect du principe des droits de la défense ».

De leur côté, les instruments internationaux de protection des droits de l'homme consacrent le principe d'égalité, explicitement - à la phase de jugement - (art. 14-1 du Pacte « tous sont égaux devant les tribunaux et les cours de justice ») et implicitement - à la phase préparatoire - dès lors qu'ils posent celui de la non discrimination (art. 14 de la CESDH, éventuellement combiné avec les articles 5 et 6, et art. 26 du Pacte).

## Propositions de la Commission

### Définition du principe

*Des personnes se trouvant dans des conditions semblables et poursuivies pour les mêmes infractions doivent être jugées selon les mêmes règles. Des différences de traitement peuvent exceptionnellement être admises à condition qu'elles ne procèdent pas de discriminations injustifiées et que les justiciables bénéficient de garanties égales.*

### Conséquences (quelques exemples)

Il importe de maintenir des différences de procédure à l'égard des mineurs (sous réserve d'un respect effectivement identique des droits de la défense).

De même, l'existence de règles particulières aux perquisitions chez les personnes astreintes au secret professionnel paraît justifiée.

S'il y a lieu à désignation d'une juridiction distincte de celle normalement compétente pour les magistrats et certains élus ou fonctionnaires<sup>1</sup>, cette différence de traitement ne peut être justifiée que pour garantir l'impartialité et l'efficacité de la justice.

1) Ces « privilèges de juridiction » concernent : les magistrats et les membres du Conseil d'État ou de la Cour des Comptes, les Préfets, les élus locaux, les avocats, les officiers de police judiciaire... (art. 679 et s. du CPP).

## La dignité de la personne humaine

Ce principe inspire tout notre système constitutionnel (voir notamment le préambule de la Constitution de 1946 rappelant la « victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine », voir aussi l'article 22 de la proposition de déclaration des droits du 19 avril 1946). Même s'il n'est expressément inscrit en tant que tel ni dans la Déclaration de 1789, ni dans le préambule de 1946, ni dans la Constitution de 1958, ce principe fait sans aucun doute partie de notre tradition juridique.

D'autant plus qu'il est posé par la Déclaration universelle des droits de l'homme et reconnu par les autres textes internationaux de protection des droits de l'homme (art 3 de la CESDH, art. 7 du Pacte, également Convention de l'ONU du 10 novembre 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants - New York - ratifiée par la France le 18 février 1986<sup>1</sup> et Convention européenne contre la torture du 26 novembre 1987 ratifiée par la France le 9 janvier 1989<sup>2</sup>), sous la forme de l'interdit absolu de la torture et des « peines ou traitements inhumains ou dégradants », interdit qui s'applique en tout domaine, y compris lorsqu'il s'agit de mettre une affaire pénale en état d'être jugée.

Ce principe a un caractère absolu.

Lorsqu'il est appliqué plus particulièrement à la phase de mise en état, ce principe permet notamment de condamner les interrogatoires brutaux ou encore les violences susceptibles d'être commises sur les personnes arrêtées et détenues avant jugement ; mais il permet aussi aux instances européennes de contrôler les modalités d'un emprisonnement<sup>3</sup>, l'isolement cellulaire par exemple, ou encore la qualité des soins dispensés à des détenus malades. Ainsi, dans l'affaire Simon Herold c/ Autriche (Commission, décision du 2 février 1971) un détenu provisoire qui souffrait des séquelles d'une poliomyélite, s'était plaint d'une part, de ne pas avoir reçu de traitement approprié à son état, ce qui avait aggravé ce dernier, d'autre part, d'avoir été placé dans la partie psychiatrique de l'établissement pénitentiaire. Même si l'affaire s'est terminée par un règlement amiable, il est intéressant de noter que la Commission a considéré la requête comme recevable.

Cependant, les instances de Strasbourg ont eu l'occasion de préciser que tout mauvais traitement ne constituait pas pour autant un traitement

1) Décret de publication n° 87-916 du 9 novembre 1987 (JO du 14 novembre p. 13 267).

2) Décret de publication n° 89-283 du 2 mai 1989 (JO du 6 mai p. 5 789).

3) On remarquera cependant, que la violation par un État de « L'ensemble des règles minima pour le traitement des détenus », posé par le Conseil de l'Europe en 1973 — résolution (73) 5 —, révisé en 1987 — recommandation (87) 3 —, n'implique pas ipso facto la violation de l'article 3 de CESDH (affaire Eggs c/ Suisse, Commission, décision du 11 décembre 1976).

inhumain ou dégradant au sens de l'article 3 (arrêt Irlande c/ RU du 18 janvier 1978, § 167) et que parfois, certaines circonstances pouvaient rendre nécessaire l'usage de la force, par exemple à l'égard d'un détenu refusant de regagner sa cellule (affaire Zeidler-Kornmann c/ RFA, Commission, décision du 13 décembre 1966).

La Commission a aussi considéré que l'interrogatoire d'un enfant de 10 ans et demi dans les locaux de la police ne heurte pas l'article 3 dès lors que l'enfant n'en a pas été « particulièrement affecté » ; il ne heurte pas non plus l'article 5-1 dès lors que l'intéressé n'a pas été privé de liberté (affaire X c/ RFA, Commission, décision du 19 mars 1981).

## Propositions de la Commission

### Définition du principe

*Le principe du respect de la dignité de la personne humaine doit être reconnu explicitement à toute personne impliquée, à quelque titre que ce soit, dans la procédure pénale. Il doit entraîner l'interdit absolu de la torture et de tout traitement inhumain ou dégradant et peut être invoqué à tout moment de la procédure.*

### « L'égalité des armes »

Ce principe est déduit par la jurisprudence européenne de l'article 6-1 de la CESDH (cf. aussi art. 14-1 du Pacte) énonçant que « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement ».

Il vise aussi plus particulièrement l'exercice de certains droits de la défense, tel celui de convoquer et d'interroger les témoins à charge et à décharge (art. 6-3d, voir supra p. 89)<sup>1</sup>.

Exprimé à propos de la procédure de jugement, ce principe s'apprécie néanmoins, comme les droits de la défense, en tenant compte de l'ensemble de la situation faite à la défense, avec notamment pour conséquence le droit, pour un inculpé, d'avoir accès à son dossier pénal par l'intermédiaire de son conseil, conséquence clairement énoncée par

1) Pour une application de ce principe à la phase de jugement, voir arrêt Engel et autres c/ Pays-Bas du 8 juin 1976 : « ainsi que l'indiquent les mots » dans les mêmes conditions « , l'article 6-3d... a pour but essentiel une complète » égalité des armes « en la matière entre l'accusation et la défense... » (§ 91).

la Cour dans son arrêt Lamy c/ Belgique du 30 mars 1989 : « Avec la Commission, la Cour constate que pendant les 30 premiers jours de détention, le conseil du requérant ne put, en vertu de l'interprétation jurisprudentielle de la loi, prendre connaissance d'aucun élément du dossier, et notamment des procès-verbaux dressés par le juge d'instruction et la police judiciaire... tandis que le procureur du Roi avait connaissance de l'ensemble du dossier ; la procédure suivie n'a pas offert au requérant la possibilité de combattre de manière appropriée les motifs invoqués pour justifier la détention provisoire. Faute d'avoir garanti l'égalité des armes, elle n'a pas été réellement contradictoire ».

## Propositions de la Commission

L'égalité des parties à l'audience imposée par l'article 6 de la CESDH nécessite, pour être effective, une modification de la procédure actuelle à la phase de jugement et l'établissement d'une « égalité des armes » dès la phase de mise en état.

### Définition du principe

*Pendant la phase de mise en état des affaires pénales, les parties ont un égal accès au dossier et les voies de recours contre les décisions qui les concernent leur sont ouvertes dans les mêmes conditions. En outre, elles disposent des mêmes pouvoirs au regard de la conduite de l'enquête.*

### Conséquences (quelques exemples)

Si l'enquête est dirigée par un juge, la même possibilité devrait être reconnue à chacune des parties de lui demander certains actes d'investigation (comme par exemple l'audition des témoins à charge et à décharge ou le choix contradictoire des experts) et d'exercer un recours en cas de refus, sans que ce recours puisse aboutir à des retards injustifiés.

Si l'enquête n'est pas dirigée par un juge (actuellement dans toutes les affaires où une instruction n'est pas ouverte) devrait être reconnue à la défense la possibilité de demander devant un juge les mêmes actes d'investigation.

En toute hypothèse, il devrait être admis que :

- tout acte nécessaire à la manifestation de la vérité peut être décidé mais doit être soumis, après son exécution, à la libre discussion des parties ;

- toute demande de nouvelle recherche doit être retenue à moins qu'elle ne soit reconnue dilatoire par un juge.

## **Extension envisageable**

En dehors de la saisine d'un juge, des pouvoirs égaux d'enquête pourraient être accordés à chacune des parties. Un égal recours à des experts ou enquêteurs privés (étranger à notre tradition juridique) pourrait être envisagé, à condition qu'ils présentent toutes garanties de compétence et de moralité et soient soumis à des règles déontologiques strictes.

## **La célérité de la procédure**

Liée au principe de la garantie judiciaire (voir supra p. 75), la célérité est imposée non seulement à la phase de jugement mais encore à la phase préalable. Dès lors qu'une personne est arrêtée ou détenue comme suspect, elle doit être « aussitôt » conduite devant un juge, a le droit d'être jugée « dans un délai raisonnable » (ou libérée pendant la procédure) et d'introduire un recours devant un tribunal afin qu'il statue « à bref délai » sur la légalité de la détention et ordonne sa libération si la détention est illégale (voir ci-dessus, principe de la garantie judiciaire, art. 5-3 et 5-4 de la CESDH). En outre, même laissée en liberté, toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal « dans un délai raisonnable » (art. 6-1 de la CESDH)<sup>1</sup>.

C'est ainsi que l'absence injustifiée de toute activité d'instruction pendant une période de 13 mois d'abord, puis de 14 mois ensuite a été considérée par la Cour comme une violation de l'article 6-1 de la Convention (arrêt Corigliano c/ Italie du 10 décembre 1982, comp. arrêt Foti et autres c/ Italie du 10 décembre 1982).

Plus particulièrement, en ce qui concerne la détention provisoire, il existe une jurisprudence abondante qui apprécie la durée raisonnable de celle-ci en fonction des circonstances propres à chaque espèce, étant observé que « les éléments pouvant entrer en ligne de compte dans le cadre de cet examen sont nombreux et variés puisqu'ils concernent, par

1) Les termes employés dans la version française du Pacte de l'ONU sur les droits civils et politiques ne sont pas en tout points identiques : la personne arrêtée ou détenue doit être traduite « dans le plus court délai » devant un juge, devra être jugée « dans un délai raisonnable » (art. 9-3) et a le droit d'introduire un recours devant un tribunal afin qu'il statue « sans délai » sur la légalité de sa détention... (art. 9-4) ; toute personne accusée d'une infraction pénale... a droit à être jugée « sans retard excessif » (art. 14-3c).

exemple, l'affaire elle-même, le comportement adopté par le requérant pendant la procédure ou encore la manière dont celle-ci a été menée par les autorités judiciaires »<sup>1</sup> (voir notamment les arrêts *Wemhoff c/ RFA* du 27 juin 1968, *Neumeister c/ Autriche* du 27 juin 1968, *Stögmüller c/ Autriche* du 10 novembre 1969, *Matznetter c/ Autriche* du 10 novembre 1969, *Ringeisen c/ Autriche* du 16 juillet 1971 et le rapport de la Commission dans l'affaire *Woukam Moudefo c/ France* du 8 juillet 1987). Aucun butoir n'est fixé, mais l'affaire *Can c/ Autriche* (Commission, rapport du 12 juillet 1984), qui s'est achevée par un règlement amiable (arrêt du 30 septembre 1985), montre un abaissement du seuil généralement admis puisque la Commission considère une privation de liberté de 14 mois comme non conforme à l'article 5-3.

Quant à la durée, beaucoup plus courte, de la garde à vue, elle est également appréciée en fonction des circonstances propres à chaque espèce ou du contexte général dans lequel elle s'inscrit, par exemple la lutte contre le terrorisme ; étant observé que, même en cette circonstance, la Cour a considéré qu'un délai de plus de 4 jours avant la présentation à un juge n'était pas conforme aux exigences de l'article 5 : « en interprétant et appliquant la notion de » promptitude « on ne peut témoigner de souplesse qu'à un degré très faible... aux yeux de la Cour, même... 4 jours et 6 heures de garde à vue... va au delà des strictes limites de temps permises par la première parties de l'article 5-3 » (arrêt *Brogan et autres c/ Royaume-Uni* du 29 novembre 1988, § 62).

Parce qu'il est étroitement lié au principe de la garantie judiciaire, le principe de célérité n'est pas absolu. C'est ainsi que la cour a jugé que « le souci de célérité ne peut dispenser les magistrats qui, dans le système de procédure pénale en vigueur sur le continent européen, ont la responsabilité de l'instruction ou de la conduite du procès, de prendre toute mesure de nature à faire la lumière sur le bien ou le mal fondé de l'accusation » (arrêt *Neumeister* du 27 juin 1968, § 21).

Le principe de célérité étant suffisamment explicité dans la formulation de la CESDH (et d'ailleurs appliqué à l'occasion par la jurisprudence pénale française, voir notamment *Paris ch. d'acc.* 29 septembre 1988 précité, appliquant la notion de « bref délai » à propos du recours ouvert à l'inculpé placé en détention), il pourrait être inscrit expressément dans le CPP.

1) Voir Pouget, « Les délais en matière de rétention, garde à vue et détention provisoire au regard de la CESDH », *RSC*, 1989 p. 78.



## Propositions de la Commission

### Définition du principe

*Toute personne a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable; en conséquence, la mise en état d'une affaire se poursuit sans discontinuer et se termine dans un délai raisonnable. Il existe un recours contre toute inaction de l'autorité.*

*Toute personne arrêtée a le droit d'être traduite, dans les 24 heures, devant un juge.*

*Toute personne placée en détention provisoire ou sous contrôle judiciaire a le droit d'introduire un recours devant une juridiction afin que celle-ci statue, à bref délai, sur le maintien de la mesure.*

### Conséquences (quelques exemples)

La loi doit instituer des délais précis pour les différents types de procédures et les différentes phases du procès, avec la possibilité de prolongation sous le contrôle d'un juge, en cas de circonstances exceptionnelles.

Toute personne doit pouvoir invoquer les nullités de procédure dès la mise en état, dans les conditions et délais prévus par la loi, et au plus tard lors de la décision de clôture.

### Prolongement proposé

La possibilité d'une procédure simplifiée et plus rapide pourrait être envisagée, lorsque l'accusé choisit de plaider coupable, dans les conditions déjà évoquées (voir supra p. 87).

## L'accès de la victime à la justice pénale

En droit français, la victime qui demande réparation du dommage causé par une infraction a le choix entre la voie civile et la voie pénale : « l'action civile peut être exercée en même temps que l'action publique et devant la même juridiction » (art. 3 du CPP) ; « l'action civile peut

être aussi exercée séparément de l'action publique » (art. 4 du CPP). Lorsqu'elle exerce l'action civile devant une juridiction pénale, la victime « met en mouvement » l'action publique (art. 1 du CPP), c'est à dire ouvre le procès pénal : même si le procureur estime qu'il n'est pas opportun de poursuivre l'infraction, le juge est tenu de statuer. Pendant le procès, la victime peut faire valoir ses preuves, se faire communiquer le dossier et signifier les actes de procédure, et exercer les voies de recours (appel, pourvoi en cassation) contre les décisions qui touchent aux intérêts civils.

Traditionnel en France, bien qu'il n'ait pas valeur constitutionnelle, ce principe de l'accès des victimes à la justice pénale n'est expressément consacré ni par la CESDH, ni par le Pacte de l'ONU sur les droits civils et politiques<sup>1</sup>. Les instances européennes déduisent néanmoins de la Convention un certain droit à l'existence d'un procès pénal.

La Cour européenne a, en effet, jugé que la protection du droit civil accordée à la victime d'un viol était insuffisante car, « il y va en l'espèce de valeurs fondamentales et d'aspects essentiels de la vie privée ; seule une législation criminelle peut assurer une prévention efficace, nécessaire en ce domaine » (arrêt X et Y c/ Pays-Bas du 26 mars 1985).

En revanche, apparaissent aussi des limites :

- bien qu'en général le droit de jouir d'une bonne réputation soit un « droit de caractère civil », la procédure de poursuites privées tendant à la punition de l'auteur de l'atteinte à l'honneur échappe à l'application de l'article 6-1 et le droit d'accès à un tribunal contenu dans cet article ne s'étend pas au droit de provoquer contre un tiers l'exercice de poursuites pénales (affaire X c/ RFA, Commission, décision du 4 octobre 1976) ;
- le droit conféré par l'article 6-1 de voir trancher une accusation pénale n'est valable que pour l'accusé et non pour la victime de l'infraction pénale alléguée ou pour quiconque profère une accusation contre autrui ; en conséquence, l'article 6-1 ne donne pas à la victime le droit d'engager des poursuites pénales contre l'auteur de l'infraction (diffamation) (affaire Wallen c/ Suède, Commission, décision du 16 mai 1985).

1) Voir cependant la déclaration de l'Assemblée Générale de l'ONU de novembre 1985 (relative aux principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoirs) sans valeur contraignante pour les États.

# Propositions de la Commission

## **Définition du principe**

*Le droit d'accès à la justice pénale est reconnu à la victime d'une infraction pénale dès le stade de la mise en état.*

*Ce principe comporte la possibilité de mettre en mouvement l'action publique et de demander réparation du dommage causé par l'infraction, pour tous ceux qui ont personnellement souffert d'un dommage directement causé par l'infraction.*

## **Conséquences (quelques exemples)**

Le droit d'accès à la justice de la victime s'inscrit dans la perspective plus large de la protection des victimes (voir la loi n° 83-608 du 8 juillet 1983) qui implique pour celles-ci la reconnaissance d'un droit à être indemnisées (par le responsable ou la personne solidaire et, à titre subsidiaire, par l'État) et à bénéficier d'une assistance juridique, matérielle, médicale, psychologique et sociale.

Les victimes doivent pouvoir être assistées par un conseil dans les mêmes conditions que l'accusé (voir supra p. 90).

## **Prolongement proposé**

Face à la diversité des régimes actuels de l'action civile des syndicats et des associations, la loi devrait unifier les conditions d'accès à la justice pénale en cas d'atteinte à des intérêts collectifs.

# **Rapport final sur la mise en état des affaires pénales**

**juin 1990**

# Avertissement

Ce rapport expose les lignes de force d'une réforme de la procédure pénale.

La démarche de la Commission est nouvelle à un double titre.

En premier lieu, il ne s'agit plus aujourd'hui de s'enfermer dans le choix entre un système dit « accusatoire » et un système dit « inquisitoire », mais de tirer les leçons de l'expérience qui a fait apparaître les insuffisances de l'un et de l'autre, relevées d'ailleurs par les instances européennes de protection des droits de l'homme. Il s'agit donc de proposer un système original, à la fois plus soucieux d'efficacité que le système accusatoire et plus respectueux de l'équilibre entre les parties que le système inquisitoire.

En second lieu, il est devenu nécessaire de remédier aux inconvénients nés de la diversité des procédures de mise en état des affaires pénales, selon que la juridiction de jugement est saisie directement ou après instruction. A cette fin, il est proposé d'unifier la mise en état en appliquant dans les divers cas les mêmes principes fondamentaux, ce qui implique des structures communes.

Il doit être clair cependant, dès l'abord, que la réussite du système proposé est subordonnée à des *conditions préalables indispensables*, suggérées d'ailleurs par de nombreux interlocuteurs au cours de la consultation : elle nécessite, au plan législatif, la *dépénalisation* d'un certain nombre d'infractions ; elle exige, au plan matériel, le *renforcement et la redistribution des moyens actuels*.

*La dépénalisation* est nécessaire, afin d'améliorer tant la signification symbolique que l'efficacité de la justice pénale dans la réalité quotidienne.

Ainsi, certains « contentieux de masse » pourraient être au moins « contraventionnalisés », pour permettre le recours à des procédures simplifiées, ou même totalement dépénalisés et traités par un jeu de sanctions administratives ou disciplinaires.

Si l'on prend comme exemple le délit d'émission de chèques sans provision, l'on constate en effet que la justice n'est pas en mesure d'apporter une réponse utile à une telle infraction, dont les auteurs sont pourtant connus. D'une part, l'opportunité des poursuites est appréciée de manière très différente d'une juridiction à l'autre ; d'autre part, de nombreuses condamnations sont prononcées par défaut les émetteurs de chèques ne se rendant souvent ni aux convocations de la police, ni à l'audience. La Commission estime que des mesures doivent être prises pour que les tribunaux correctionnels n'aient plus à être saisis d'un tel contentieux.

De même, nombre de petits et moyens litiges peuvent trouver une solution mieux adaptée à l'intérêt de la société comme des parties, par le recours à des techniques de médiation, selon des procédures à dégager à partir des expériences actuelles. Il n'entraîne pas dans la mission de la Commission de proposer un régime juridique légal de la médiation pénale, mais elle estime que le moment est venu de légiférer dans ce domaine.

*Le renforcement et la redistribution des moyens matériels* sont également des préalables indispensables, et bien des réformes naguère ont buté sur cet obstacle. La Commission ne dissimule pas que ses propositions ne pourront produire un plein effet que si des moyens significatifs sont fournis. Cela implique d'abord pour elle une recomposition de la carte judiciaire, qui ayant beaucoup vieilli depuis la réforme de 1958, n'est plus adaptée, ainsi qu'un effort substantiel en faveur des juridictions, tant en personnel qu'en moyens matériels (voir infra 1<sup>re</sup> partie).

Une forte augmentation de l'aide juridique est également nécessaire. Les crédits actuellement consacrés (depuis 1982 seulement) aux commissions d'office en matière pénale représentent moins du dixième du budget global de l'aide juridique en France, ce budget étant lui-même nettement plus faible que celui de pays comparables comme la RFA ou la Grande-Bretagne (voir le rapport du Conseil d'État sur l'aide juridique, avril 1990, également, infra 1<sup>re</sup> partie).

La Commission estime avec force que des moyens nouveaux significatifs sont indispensables si l'on veut une justice rendue dans un délai raisonnable et devenue réellement contradictoire. Toute autre approche du problème, alors que des réformes sont nécessaires et même urgentes, serait vouée à l'échec.

Les propositions finales sont présentées selon la logique indiquée dans le rapport préliminaire : rappeler les *principes fondamentaux de la procédure pénale* (en introduction) ; préciser les *structures* les mieux adaptées à une mise en oeuvre effective de ces principes (première partie du rapport) ; alors seulement, indiquer des *règles de procédure*

applicables au sein de ces structures (seconde partie), étant précisé que la Commission n'a pas voulu faire un avant projet de loi mais présenter les principales innovations nécessaires à la mise en oeuvre des principes et au fonctionnement des nouvelles structures.

Ce rapport de la Commission constitue un ensemble cohérent, dont les éléments ne sauraient être dissociés<sup>1</sup>.

1) L'un des membres de la Commission, estimant qu'il ne pouvait se rallier à cet ensemble de propositions, exprime son propre point de vue à la fin du rapport (opinion divergente de M. Braunschweig).

## Introduction

# Rappel des principes fondamentaux

Le rapport préliminaire de la Commission, remis à Monsieur le Garde des Sceaux au mois de novembre 1989, propose dix principes fondamentaux dégagés de trois sources, dont deux ont valeur « supra-législative » (le « bloc de constitutionnalité » et les textes internationaux de protection des droits de l'homme ratifiés par la France), auxquelles s'ajoute une source législative, le code de procédure pénale.

La consultation (voir infra annexe 4) a montré que ces principes sont à une très large majorité approuvés dans leur énoncé, sinon dans tous leurs prolongements, extensions et conséquences tels qu'ils ont été proposés par la Commission.

Toutefois, l'éventualité d'une insertion de ces principes en tête d'un code de procédure pénale rénové a donné lieu à discussion. Plusieurs réponses insistent sur leur trop grande généralité qui s'opposerait au caractère nécessairement technique des règles de procédure pénale : inscrits dans le code, ils risqueraient par leur caractère abstrait et quasi-philosophique, de devenir une nouvelle source de jurisprudence interprétative et par là-même d'engendrer une insécurité juridique.

D'autres, au contraire, voient dans cette insertion le moyen de remédier au « formalisme étouffant » qui affecte la procédure d'instruction pénale. Des principes liminaires permettraient de mieux percevoir la cohérence des dispositions techniques, constitueraient une source d'interprétation des intentions du législateur et fourniraient, en quelque sorte, un « guide pratique » utile à la résolution des difficultés quotidiennes rencontrées par le juge.

La Commission, quant à elle, estime non seulement utile, mais aussi nécessaire, d'inscrire les dix principes fondamentaux en tête du code de procédure pénale. Elle tient à rappeler qu'elle y voit, d'abord, l'avantage de rendre plus visibles à tous, aux justiciables comme aux professionnels du droit, les lignes de force d'une procédure pénale dont les règles techniques ne sont que le reflet plus ou moins intelligible. L'avantage aussi, d'un point de vue juridique, de permettre un allègement des formalités de procédure, une clarification du régime des



nullités et d'inciter à une démarche plus déontologique que formaliste en définissant *l'esprit de notre procédure pénale*. Enfin, ces principes pourraient participer, comme premier jalon, à l'effort des pays européens pour bâtir ensemble un système de procédure pénale sinon unifié, du moins harmonisé. La proposition de la Commission de définir à l'échelle européenne un ensemble de principes communs a, dès à présent, reçu un accueil favorable de la part de juristes de divers pays de la Communauté.

L'ordre de présentation des principes dans le rapport préliminaire résultait d'un classement par sources. Il a été mal compris par certains interlocuteurs de la Commission, qui ont cru y voir un classement de nature hiérarchique et se sont émus de constater que des principes comme celui de la dignité humaine ou de l'accès de la victime au procès figuraient dans les derniers rangs.

Il est bien évident que rien ne saurait justifier l'établissement d'une hiérarchie entre des principes dont la valeur et la force sont égales. Cela étant, afin d'en rendre plus claire la présentation dans ce rapport, la Commission a préféré substituer au classement par sources un ordonnancement de nature thématique.

Comme le droit pénal, la procédure pénale assure une fonction de protection et de défense de la société, justifiant le recours à des mesures coercitives. Toutefois, ce qui distingue un État de droit est que cette défense ne peut être assurée par n'importe quel moyen. Aussi, la procédure pénale assure-t-elle également une fonction de garantie, définissable selon trois aspects.

Elle tend à la *prééminence du droit*, par l'application des principes de la légalité, de l'égalité entre les justiciables et de la garantie judiciaire chaque fois que les libertés individuelles sont en cause. Elle suppose également la *protection des personnes impliquées*, par l'affirmation du droit de chacun au respect de la dignité humaine, ainsi que du droit de la victime à une protection particulière, et du droit de l'accusé à la présomption d'innocence. Elle doit évidemment garantir la « *qualité du procès* » (expression inspirée de celle de « qualité de la loi » employée par la Cour européenne des droits de l'homme depuis l'arrêt Malone c/ RU de 1984), c'est à dire son caractère à la fois équitable - respect des droits de la défense et « égalité des armes » ou plutôt « équilibre entre les parties » - et efficace - principes de proportionnalité et de célérité.

S'il est vrai que ces différents thèmes s'enchevêtrent et que chacun des dix principes contribue, à sa façon, à assurer le jeu des trois garanties (comment, par exemple, concevoir un procès de qualité si la légalité des règles est douteuse ou si la dignité des personnes est bafouée), il apparaît aussi que chacun se rattache de façon prédominante à l'un ou l'autre de ces thèmes.

Ainsi s'explique la présentation choisie, qui indique, pour chaque principe, si la définition retenue est ou non modifiée par rapport au rapport préliminaire, ajoute quelques observations indiquant les principaux points de vue exprimés au cours de la consultation (pour plus de détails voir annexe n° 4), et précise les choix de la Commission.

## **Principes garantissant la « prééminence du droit »**

### **Premier principe : la légalité**

#### **Définition non modifiée**

*La loi fixe les règles de fond et de forme s'imposant pour la mise en état des affaires pénales. Les limitations et restrictions aux droits fondamentaux de la personne doivent être prévues en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire.*

#### **Observations**

La majorité des réponses est favorable à l'adoption de ce principe, des divergences se manifestant cependant quant aux conséquences dégagées et prolongements proposés.

*La Commission*, pour sa part, maintient sa proposition, en application de ce principe, de préciser les règles relatives à la garde à vue, ainsi qu'aux écoutes téléphoniques et de clarifier le régime des perquisitions et saisies (voir infra seconde partie, fiches n° 12, 13 et 17). Elle estime également nécessaire l'adoption d'un texte nouveau assurant, en cas de mesure abusive, une indemnisation dans des conditions conformes à l'article 5-5 de la CESDH qui ne distingue pas selon la nature juridique de l'arrestation ou de la détention et impose l'indemnisation dès lors qu'il y a eu violation des dispositions de la Convention. Ainsi se justifie l'élargissement proposé du principe d'indemnisation, actuellement limité aux seuls cas de détention provisoire « ayant causé un préjudice manifestement anormal et d'une particulière gravité » (voir infra, fiche n° 19).

De plus, la Commission considère qu'il serait nécessaire de définir dans un texte de loi les conditions de la médiation en matière pénale. On sait, en effet, que les pratiques de médiation expérimentées dans plu-

sieurs juridictions, semblent offrir une alternative satisfaisante à la sanction pénale et permettre un dédommagement matériel et moral plus rapide de la victime. Il devient toutefois urgent d'en préciser le régime. En effet, qu'il s'agisse de leurs conditions de fond (quant aux infractions et quant aux personnes) et de forme (autorité compétente et formalités de procédure), ou de leurs effets (sur l'action publique et sur l'action civile), seule une réglementation législative assurera le respect du principe de légalité, comme celui du principe d'égalité entre les justiciables.

## Deuxième principe : l'égalité entre les justiciables

### **Définition non modifiée**

*Des personnes se trouvant dans des conditions semblables et poursuivies pour les mêmes infractions doivent être jugées selon les mêmes règles. Des différences de traitement peuvent exceptionnellement être admises à condition qu'elles ne procèdent pas de discriminations injustifiées et que les justiciables bénéficient de garanties égales.*

### **Observations**

Encore que ce principe n'ait pas été à l'origine de commentaires nombreux, les quelques réponses n'en sont pas moins partagées. Pour certaines, le principe, louable en lui-même, n'apporte rien de nouveau et le droit français l'a depuis longtemps intégré. Pour d'autres, il devrait éclairer l'inévitable réforme de la procédure dite des « privilèges de juridiction ».

Tel est le sens des propositions de *la Commission* (voir infra fiche n° 3). En outre, la Commission estime que ce principe implique, sinon la mise en cause de l'opportunité des poursuites, nécessaire à l'élaboration d'une véritable politique pénale, du moins son aménagement dans des conditions telles que soit respecté le droit à l'égalité entre les justiciables (en ce sens, Recommandation R (87) 18 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe du 17 septembre 1987 sur la simplification de la justice pénale). D'où les propositions d'aménagement exposées dans la première partie du rapport. Enfin, la Commission précise que si l'étude des règles spéciales applicables aux mineurs n'entraîne pas dans sa mission, elle tient néanmoins à rappeler l'importance du respect des principes qu'elle dégage, et notamment celui d'égalité, pour définir les dérogations à la procédure de droit commun prises dans l'intérêt des mineurs.

## Troisième principe : la garantie judiciaire

### Définition non modifiée

*Un juge doit intervenir, dès la mise en état des affaires pénales, pour tous les actes relatifs aux libertés individuelles (liberté d'aller et venir, vie privée,...). Cette intervention peut présenter plusieurs formes selon que le juge prend lui même la décision, l'autorise ou la contrôle. En cas de privation de liberté, elle impose au juge d'entendre personnellement l'intéressé et implique le pouvoir d'ordonner la cessation de la mesure.*

### Observations

Il s'agit d'un principe particulièrement sensible, qui a donné lieu à de nombreuses prises de position.

La proposition de la Commission de séparer, en application de ce principe, les fonctions d'enquête et les fonctions juridictionnelles, a suscité un large débat. Plusieurs réactions d'inquiétude se dégagent nettement :

- une majorité souligne le danger d'une réforme qui conduirait à faire d'un juge privé de ses fonctions juridictionnelles, une sorte de « super-policier », ou d'« officier de police judiciaire amélioré » qui serait du même coup « déresponsabilisé » ;
- l'éventualité d'une telle réforme conduit obligatoirement à poser la question de l'avenir du ministère public et de son statut ;
- une telle séparation organique serait à l'origine d'un formalisme accru et d'un déséquilibre entre les fonctions d'investigation et celles de contrôle, au détriment des premières. Les services de police auraient le sentiment d'une suspicion injuste à leur égard et en seraient « démotivés » ;
- enfin, l'éventuelle institution de la collégialité dès le stade de l'instruction suscite des réactions très partagées.

*La Commission s'est efforcée de répondre à ces diverses inquiétudes en développant les raisons qui justifient, selon elle, la séparation des fonctions juridictionnelles et des fonctions d'investigation, et en précisant les modalités que pourrait emprunter la mise en oeuvre d'une telle séparation (voir infra 1<sup>re</sup> partie).*

En outre, elle entend affirmer avec force le principe de garantie judiciaire face au développement de pratiques médiatiques (presse écrite et communication audiovisuelle) dites « d'investigation » qui, dans des affaires pénales non encore jugées, pourraient glisser insensiblement de l'appel à témoigner à l'appel à dénoncer ou même à l'appel à juger et

instaurer, parfois, avec la caution de juristes professionnels, de nouvelles formes de justice privée (voir infra fiche n° 10).

## **Principes garantissant la protection des personnes**

L'État de droit n'est pas seulement un État qui garantit la prééminence du droit, c'est aussi un État qui assure la protection des personnes et notamment des personnes impliquées dans une affaire pénale.

### **Quatrième principe : la dignité de la personne humaine**

#### **Définition non modifiée**

*Le principe du respect de la dignité de la personne humaine doit être reconnu explicitement à toute personne impliquée, à quelque titre que ce soit, dans la procédure pénale. Il doit entraîner l'interdit absolu de la torture et de tout traitement inhumain ou dégradant et peut être invoqué à tout moment de la procédure.*

#### **Observations**

Certaines réponses à la consultation ont semblé considérer que le rappel d'un tel principe était inutile, sinon blessant pour l'institution judiciaire.

*La Commission* estime qu'il n'est pas dénué d'intérêt de faire apparaître explicitement les principes qui constituent le fondement des règles techniques de la procédure, même lorsqu'il s'agit de principes qui peuvent paraître parfaitement intégrés par le droit actuel, ou qui ont parfois déjà valeur supra-législative. Ainsi, le principe de légalité des délits et des peines est-il rappelé en tête du code pénal alors qu'il est inscrit dans la déclaration des droits de l'homme et du citoyen ainsi que dans la Constitution de 1958.

En outre, il lui paraît erroné de penser que le principe de dignité aurait désormais produit tous ses effets et que la référence qui y est faite serait dépourvue de conséquences.

D'un point de vue pratique, il amène, par exemple, à s'interroger sur les conditions matérielles dans lesquelles s'effectue la garde à vue ou la détention provisoire : aménagement de locaux décents pour la garde à vue, organisation de la détention provisoire susceptible d'éviter les situations d'entassement et de promiscuité dégradantes...

Sur un plan juridique, ses conséquences sont d'autant plus importantes que le principe concerne *toutes* les personnes impliquées à quelque titre que ce soit (victimes, témoins, accusés) et commande tant la recevabilité de certains procédés de recherche des preuves que la limitation de certaines divulgations dans la presse (voir infra fiches n° 10 et 15) ou la réponse à donner aux nouvelles techniques de surveillance électronique (voir infra fiche n° 18).

## Cinquième principe : la protection de la victime

### **Ancienne définition**

Le droit d'accès à la justice pénale est reconnu à la victime d'une infraction pénale dès le stade de la mise en état ; ce principe comporte la possibilité de mettre en mouvement l'action publique et de demander réparation du dommage causé par l'infraction, pour tous ceux qui ont personnellement souffert d'un dommage directement causé par l'infraction.

### **Définition et intitulé modifiés**

*Le principe de la protection de la victime implique le droit pour celle-ci d'accéder à la justice pénale et d'être indemnisée du dommage causé par l'infraction.*

*Le droit d'accès à la justice pénale est reconnu à la victime d'une infraction dès le stade de la mise en état.*

*Ce principe comporte la possibilité de mettre en mouvement l'action publique et de demander réparation du dommage causé par l'infraction, pour tous ceux qui ont personnellement souffert d'un dommage directement causé par l'infraction. En cas d'infraction portant préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif représenté par une personne morale, celle-ci a également accès à la justice pénale, dans les conditions prévues par la loi.*

*Le droit à indemnisation impose à l'État, en cas de non identification de l'auteur d'une infraction ou d'insolvabilité de la personne responsable, de mettre en place des mécanismes d'indemnisation des victimes.*

## Observations

Allant dans le sens du projet de loi déposé en mars 1990, le droit à indemnisation compléterait le droit d'accès à la justice pénale pour consacrer un principe, plus large, de « protection des victimes ».

Quant à la question des personnes morales, *la Commission* considère qu'il est nécessaire d'unifier le régime juridique extrêmement diversifié actuellement applicable aux associations. Tenant compte des craintes exprimées d'un « engorgement » des juridictions et d'une « transformation du prétoire en tribune », elle estime cependant nécessaire de définir les conditions de recevabilité de leur action (voir infra, 1<sup>re</sup> partie et fiche n° 1).

## Sixième principe : la présomption d'innocence de l'accusé

### Définition non modifiée

*Toute personne accusée<sup>1</sup> d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été établie selon les voies légales et constatée par un juge.*

### Observations

Ici encore, l'importance du principe commande son inscription en tête du code de procédure pénale, bien qu'il figure déjà dans la Déclaration des droits de l'homme et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Si le principe est en lui-même incontestable, des réticences ont néanmoins été exprimées sur la proposition de la Commission, tendant à privilégier les preuves objectives par rapport à l'aveu. La question des moyens est ici essentielle et la Commission préconise le renforcement de la police scientifique, rejoignant en cela l'action actuellement menée par le ministère de l'intérieur pour la modernisation de la police (voir infra fiche n° 15).

Beaucoup de juridictions ont également marqué leur hostilité au prolongement proposé par la Commission qui consisterait à traiter différem-

1) Le mot accusé est employé ici dans le sens général retenu par la CESDH et le pacte de l'ONU sur les droits civils et politiques.

ment l'accusé qui reconnaît les faits et celui qui les nie. Cette proposition va pourtant dans le sens des recommandations du Comité des ministres du Conseil de l'Europe. L'article 7 de la recommandation R (87) 18 du 17 septembre 1987 sur la simplification de la justice pénale dispose : « Chaque fois que les traditions constitutionnelles et juridiques le permettent, il faudrait instaurer soit la procédure des guilty pleas par laquelle l'inculpé est appelé à comparaître devant un tribunal à un stade précoce de la procédure, pour déclarer publiquement s'il reconnaît ou nie les charges retenues contre lui, soit des procédés analogues. En pareil cas, la juridiction de jugement devrait pouvoir faire l'économie de tout ou partie de la phase d'instruction et passer immédiatement à l'analyse de la personnalité du délinquant, au prononcé de la peine et, s'il échet, à la décision sur la réparation ».

Il est vrai que cette proposition suppose une distinction fondamentale entre l'aveu spontané et l'aveu provoqué. Or, chacun comporte des risques: de l'aveu spontané on glisse facilement à l'aveu négocié, marchandé (c'est le « plea-bargaining » américain, voir rapport préliminaire). Mais de l'aveu provoqué, on risque de glisser tout aussi aisément à l'aveu extorqué, arraché. L'existence de ces risques ne doit pas interdire de tirer les conséquences de l'aveu spontané, mais elle impose de vérifier la sincérité de celui-ci (voir infra fiche n° 2). Deux conséquences ont été retenues par la *Commission* : d'une part, consacrer l'essentiel des moyens d'investigation au cas où l'accusé nie les faits, et de l'autre, permettre à celui qui reconnaît l'ensemble des faits d'être jugé plus rapidement, ou même de bénéficier d'un « classement judiciaire des poursuites » (voir infra fiche n° 2). Cette réforme présenterait en outre l'utilité, relevée par certaines juridictions, d'introduire une distinction parmi les personnes placées en détention provisoire : autorisant une décision rapide sur la culpabilité, elle permettrait de traiter différemment celles qui doivent bénéficier pleinement de la présomption d'innocence et les coupables en attente d'un jugement qui déterminera la peine applicable (infra fiche n° 9).

## **Principes garantissant la « qualité du procès »**

Par delà la protection des personnes et la prééminence du droit, un État de droit est un État qui garantit la « qualité du procès ». C'est là une exigence essentielle pour prévenir l'apparition de procédures parallèles, de « circuits de dérivation », ou même d'un retour, sous couvert d'auto-défense, à la justice privée.



La « qualité » du procès pénal nécessite que soient remplis deux exigences. Le procès doit être *équitable*, ce qui implique le respect des droits de la défense et du principe de « l'équilibre entre les parties ». Il doit être *efficace*, condition qui renvoie au respect des principes de proportionnalité et de célérité.

## Septième principe : le respect des droits de la défense

### Définition non modifiée

*Tout accusé a droit notamment à :*

- être informé, dans le plus court délai et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui ;
- se défendre lui-même ou être assisté d'un défenseur choisi par lui ou désigné d'office s'il le désire et, le cas échéant, par un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée ;
- disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense.

### Observations

Les droits de la défense sont déjà inscrits dans la jurisprudence de la Cour de cassation et leur amélioration suppose surtout une réflexion sur les conditions pratiques d'une véritable « défense pénale », telles qu'elles se dégagent d'un récent rapport de la section du rapport et des études du Conseil d'État consacré à la réforme de l'aide juridique (voir infra p. 141 et s.).

Dans son rapport préliminaire, la Commission proposait toutefois un renforcement de ces droits par l'admission de la présence de l'avocat dès le stade de la garde à vue. Cette proposition a recueilli, dans l'ensemble, l'assentiment des avocats. En revanche, les magistrats y sont, dans leur majorité, opposés. Quant à ceux qui ne l'excluent pas a priori, ils estiment qu'une telle réforme ne peut être mise en oeuvre sans une réforme préalable du recrutement et du statut des avocats assurant des garanties déontologiques effectives.

Ayant complété son enquête de droit comparé sur les pays de la Communauté européenne, la Commission estime qu'il serait regrettable que la France soit l'un des derniers pays de la Communauté à ne pas admettre la possibilité de communiquer avec un avocat dès le stade de la garde à vue, étant observé qu'il ne s'agit pas, à ce stade, de donner à l'enquête un caractère contradictoire, mais d'assurer une information de

l'intéressé sur ses droits. Cela étant, seules des mesures d'accompagnement budgétaires, permettant un accès à ce service de tous les justiciables, quel que soit leur revenu, peuvent éviter un accroissement des inégalités, souvent évoqué dans les réponses à la consultation (voir infra, 1<sup>re</sup> partie et fiche n° 17).

## Huitième principe : l'équilibre entre les parties

### Définition non modifiée (mais intitulé modifié)

*Pendant la phase de mise en état des affaires pénales, les parties ont un égal accès au dossier et les voies de recours contre les décisions qui les concernent leur sont ouvertes dans les mêmes conditions. En outre, elles disposent des mêmes pouvoirs au regard de la conduite de l'enquête.*

### Observations

Utilisée dans le rapport préliminaire au sens donné par la Cour de Strasbourg, la formule d'« égalité des armes » a suscité de nombreuses critiques. Celles-ci ont toutefois porté, pour l'essentiel sur la terminologie. Peu d'interlocuteurs contestent en revanche la nécessité d'un rééquilibrage des positions respectives des parties au procès et il semble y avoir un large accord sur le contenu donné au principe, ainsi que sur les conséquences qui en sont tirées. Ainsi, de manière à peu près unanime, les juridictions sont favorables à ce que, dans les structures actuelles, les parties privées puissent invoquer les nullités et exercer les voies de recours dans les mêmes conditions que le ministère public, ainsi que demander au juge - comme peut le faire le ministère public - de procéder aux investigations qu'elles estiment utiles, celles-ci ne pouvant être refusées que par une ordonnance motivée susceptible d'appel. De telles mesures ont recueilli une adhésion manifeste. Toutefois, de façon presque aussi unanime, l'hypothèse - mentionnée dans le rapport préliminaire comme une « extension envisageable » - d'un droit pour la défense à faire appel à des enquêteurs privés est refusée : ce serait s'exposer à de graves abus et à des inégalités accrues.

En définitive, la *Commission* retient donc les seules possibilités suivantes :

- permettre aux parties privées de demander certaines investigations (voir 1<sup>re</sup> partie) ;
- donner à l'expertise un caractère plus contradictoire (voir fiche n° 14) ;

- ouvrir les voies de recours aux parties privées à égalité avec le ministère public, en se donnant les moyens d'éviter des procédures dilatoires ;  
- leur permettre de soulever des nullités, au même moment et dans les mêmes conditions que le ministère public, avec, en contrepartie, la règle de la purge des nullités avant le renvoi en jugement (voir fiche n° 7).  
C'est dire, avec ce dernier exemple, que procès équitable et procès efficace, loin d'être des notions incompatibles, peuvent parfaitement se conjuguer.

## Neuvième principe : la proportionnalité

### Ancienne définition

Les mesures coercitives, privatives ou restrictives de liberté ou de droit, prises au cours de la procédure de mise en état ne sont admises qu'à la condition d'être nécessaires à la défense de l'intérêt général et proportionnées à ce but.

### Définition modifiée

*Les mesures coercitives, privatives ou restrictives de liberté ou de droit, prises au cours de la procédure de mise en état en vertu de la loi, doivent être nécessaires et proportionnées au but d'intérêt général invoqué.*

### Observations

Contrairement à certaines interprétations figurant dans les réponses au rapport préliminaire, le principe de proportionnalité doit évidemment se combiner avec les autres principes, notamment celui de la légalité. Sans dispenser d'un texte de loi préalable, ce principe marque donc l'exigence supplémentaire de l'adéquation des mesures au but invoqué. D'où la nouvelle formulation proposée.

Cette exigence d'adéquation n'a pas pour seule fin l'intérêt du justiciable. Elle conduit également à une meilleure répartition des moyens existants. Ainsi l'application du principe de proportionnalité met-elle en évidence l'inadéquation de dispositions qui réservent au cas de flagrance l'attribution de possibilités supplémentaires d'investigation aux services de police, alors même que la criminalité professionnelle et organisée, dont le développement appelle évidemment un renforcement des moyens d'investigation, est rarement constatée en flagrant délit.

Précisément, la Commission tient à souligner, pour répondre aux craintes exprimées par certains, qu'elle attache au principe de proportionnalité :

- d'une part, la nécessité de prendre en considération *l'urgence* (voir fiche n° 5);
- d'autre part, celle de tenir compte de l'existence d'une *criminalité professionnelle organisée en réseaux*, parfois internationaux (trafic de stupéfiants, terrorisme organisé, proxénétisme organisé, grand banditisme, association de « technobandits » en matière informatique, réseaux de blanchiment des fonds d'origine délictueuse, etc.)<sup>1</sup>, dans la détermination des règles concernant la garde à vue, les perquisitions et les écoutes téléphoniques (voir fiches n° 12, 13 et 17).

## Dixième principe : la célérité de la procédure

### Définition non modifiée

*Toute personne a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable ; en conséquence, la mise en état d'une affaire se poursuit sans discontinuer et se termine dans un délai raisonnable. Il existe un recours contre toute inaction de l'autorité.*

*Toute personne arrêtée a le droit d'être traduite, dans les 24 heures, devant un juge.*

*Toute personne placée en détention provisoire ou sous contrôle judiciaire a le droit d'introduire un recours devant une juridiction afin que celle-ci statue, à bref délai, sur le maintien de la mesure.*

### Observations

Le principe <sup>2</sup> a recueilli, dans l'ensemble, un accord général, accord assorti toutefois d'importantes réserves auxquelles la Commission s'efforce de répondre.

1) Cf. la recommandation 1044 (1986) de l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relative à la criminalité internationale. La criminalité est ici entendue essentiellement comme le « crime organisé à ramifications internationales ».

Add. 8<sup>e</sup> congrès des Nations Unies (Cuba, sept. 1990) « La coopération internationale en matière de prévention du crime et de justice pénale pour le XXI<sup>e</sup> siècle », notamment le thème 3 : action nationale et internationale efficace contre a) le crime organisé, b) les activités terroristes criminelles.

2) Cf. 3<sup>e</sup> colloque criminologique du Conseil de l'Europe (Strasbourg, novembre 1989) : « Les lenteurs dans le système de justice pénale ».

Elle tient, en premier lieu, à préciser qu'elle n'entend évidemment pas préconiser une justice expéditive, mais propose une meilleure différenciation des affaires traitées de manière à rendre la justice plus « performante », par une meilleure utilisation des moyens employés.

Ainsi la *Commission* propose d'améliorer l'organisation du temps (voir fiche n° 8) :

- d'abord en déterminant dans la loi, comme pour la détention provisoire, des durées maximales pour les différentes phases de procédure (beaucoup de pays européens ont déjà introduit de telles limitations dans leurs codes de procédure pénale) ;
- ensuite en dressant, pour chaque affaire, et dès le début de la procédure un « calendrier prévisionnel » des opérations, avec indication de la durée prévisible des actes d'enquête.

En second lieu, la *Commission* rappelle que l'un des intérêts, (d'ailleurs souligné dans certaines réponses au rapport préliminaire), attaché au fait de traiter différemment les affaires dans lesquelles les faits sont reconnus et celles où ils sont contestés, serait de permettre la simplification de la procédure dans la grande majorité des cas (voir fiche n° 2).

Loin d'être incompatible avec les exigences d'un procès équitable, le principe de célérité ainsi entendu est l'un des éléments de la protection des personnes, et finalement l'une des conditions de la confiance des justiciables en la justice pénale.

A première vue, la plupart de ces principes fondamentaux pourrait être appliquée dans les structures actuelles par simple modification des règles de procédure. Cependant, leur mise en oeuvre est subordonnée à la façon dont s'organise le contrôle exercé par l'autorité judiciaire. En outre, le principe de garantie judiciaire impose par lui-même une modification des structures, dès lors qu'il implique, pour la *Commission*, la séparation des fonctions d'investigation et des fonctions juridictionnelles, actuellement réunies entre les mains du juge d'instruction.

C'est donc par rapport aux *structures proposées* par la *Commission* (1<sup>re</sup> partie) que seront esquissées les nouvelles *règles de procédure*, assorties le cas échéant des mesures d'accompagnement jugées nécessaires (2<sup>e</sup> partie).

## Première partie

# Structures proposées

La séparation des fonctions d'investigation et des fonctions juridictionnelles, prolongement du principe de garantie judiciaire, met en cause les structures actuelles de l'instruction préparatoire puisque, précisément, les juges d'instruction cumulent les deux fonctions.

Or, ceux-ci estiment, pour la plupart, qu'il s'agit de fonctions complémentaires, indispensables à l'exercice de leur métier. Il en résulte cette interrogation, présente tout au long de la consultation écrite comme au cours des débats auxquels ont participé des membres de la Commission : pourquoi changer les structures au lieu de se contenter d'améliorations ponctuelles ?

Il est vrai que le changement proposé n'est directement imposé, en l'état actuel du droit positif, ni par le bloc de constitutionnalité, ni par les textes internationaux de protection des droits de l'homme (CESDH et Pacte de l'ONU sur les droits civils et politiques). Il est vrai aussi qu'il oblige à reconsidérer de nombreux concepts juridiques traditionnels (la notion d'inculpation, le rôle du « juge d'instruction », celui du ministère public, les relations de l'autorité judiciaire avec la police, etc.). Aussi n'est-il pas étonnant que la perspective de transformations aussi profondes, telle qu'elle pouvait se dégager du rapport préliminaire de la Commission, ait entraîné des réticences et suscité des inquiétudes.

Remplacer un système qui remonte à 1808 (on pourrait presque dire, dans certains de ces aspects, à l'Ordonnance criminelle de 1670) et se trouve inscrit dans l'imaginaire collectif au point de faire partie de notre « paysage judiciaire », est un pari difficile qui ne saurait être pris à la légère.

Il s'impose, dès lors, avec d'autant plus de force à la Commission, d'une part d'exposer explicitement les raisons qui fondent les réformes proposées (*pourquoi* changer ?) ; d'autre part, de présenter avec précision les nouvelles structures et les conditions de leur mise en oeuvre (*vers quoi* aller ?).

## Pourquoi changer ?

Au cœur du débat, un homme apparemment seul : le juge d'instruction. En réalité, un homme pris dans un réseau de relations complexes - sinon conflictuelles - avec la police, le ministère public, les parties privées et, malgré le secret de l'instruction, souvent harcelé par la presse.

Parfois connu du grand public et populaire, le juge d'instruction est néanmoins la cible de vives critiques, même si ces dernières - il faut le souligner - n'ont éclaté qu'à l'occasion d'un nombre infime d'affaires comparativement au nombre de dossiers traités chaque année.

Des critiques apparemment contradictoires car il aurait à la fois trop de pouvoirs - à commencer par le pouvoir d'inculper et de placer en détention - et pas assez de pouvoir - dépendant du ministère public ou de la partie civile quant à sa saisine et souvent soumis en fait au bon vouloir de la police pour mener à bien son enquête. De ces critiques surgit inévitablement, par delà le refrain simpliste sur la jeunesse et l'inexpérience, la question plus fondamentale de *l'incompatibilité des fonctions* d'investigation et des fonctions juridictionnelles.

Pour être la raison la plus visible du changement proposé, cette incompatibilité n'est pas la seule faiblesse du système actuel. En effet, on observe historiquement que le renforcement des fonctions de nature juridictionnelle du juge d'instruction s'accompagne, de façon parallèle, d'un accroissement des pouvoirs de la police et du ministère public, qui sont amenés à jouer un rôle de plus en plus important dans la mise en état des affaires pénales. Un rapide survol des principales réformes de l'instruction depuis la fin du 19<sup>e</sup> siècle met en évidence ce paradoxe.

De la loi de 1897, qui introduit la présence de l'avocat dès la phase de l'instruction préparatoire à la loi de 1989 renforçant l'obligation de motiver la détention provisoire, en passant par celle de 1984 qui impose un débat contradictoire avant le placement en détention, l'aspect juridictionnel des fonctions du juge d'instruction s'accroît de façon continue. Toutefois, parallèlement, sont légalisées en 1958 la pratique de la garde à vue et, sous le nom d'« enquête préliminaire », celle des enquêtes officieuses, avant intervention du juge. De même, l'élargissement de la procédure de flagrant délit à celle de saisine directe puis l'institution, en 1986, de la comparution immédiate sans condition de flagrance conduisent à une multiplication des cas où les affaires pénales passent immédiatement du ministère public à la juridiction de jugement, sans intervention du juge d'instruction.

C'est dire que, malgré l'éclairage violemment mis sur le seul juge d'instruction, le système actuel consacre à présent une extrême *confusion des rôles* : selon que l'instruction est ou non ouverte à l'initiative

du ministère public ou de la partie civile, les mêmes rôles sont exercés tantôt par le juge d'instruction, tantôt par la police judiciaire ou par le ministère public, parfois sous le contrôle d'un magistrat du siège qui n'est pas le juge d'instruction mais le président du tribunal correctionnel ou celui du tribunal de grande instance.

## Incompatibilité des fonctions

Il faut rappeler ici (voir note sur l'histoire de l'instruction préparatoire en France, annexe n° 2) que l'idée essentielle inscrite dans le code d'instruction criminelle de 1808 était celle d'une séparation entre la poursuite et l'instruction. Ainsi, apparaissaient à la fois le ministère public, marquant la prééminence d'un État centralisé qui ne voulait plus abandonner les poursuites au hasard des initiatives privées, et le juge d'instruction. Cependant, malgré l'appellation de « juge » donnée à celui-ci, les fonctions d'instruction n'étaient alors que fort peu juridictionnelles et l'activité du « juge d'instruction » s'insérait étroitement dans un mécanisme de police judiciaire : il restait par son statut un « officier de police judiciaire » (art. 9), subordonné au parquet qui le choisissait, pouvait le dessaisir et le notait comme un véritable supérieur hiérarchique ; son activité était d'ailleurs décrite au livre I intitulé « De la police ».

Si l'on ajoute que l'inculpé, en l'absence d'avocat (celui-ci n'apparaissant qu'à la phase de jugement), n'avait aucun droit à la communication du dossier, il est clair que le juge d'instruction était, sinon un policier, du moins avant tout un enquêteur.

A partir de la fin du 19<sup>e</sup> siècle, les textes évoluent dans le sens d'un renforcement progressif des fonctions juridictionnelles, sans que pourtant soit jamais modifié le système dans sa structure même. C'est ce qui explique, sans doute, l'extrême complexité - et la lourdeur excessive - des règles actuellement en vigueur.

La fonction même du juge d'instruction se trouve progressivement remodelée, ce qui alourdit évidemment sa tâche et peut expliquer un certain transfert de ses pouvoirs à la police judiciaire (commissions rogatoires). Ainsi la loi de 1897 introduit le droit pour l'inculpé à être assisté d'un avocat qui peut avoir accès au dossier la veille de chaque interrogatoire, droit étendu à la partie civile en 1921 et appliqué au cas de supplément d'information en 1955 ; en outre, la loi de 1933 réorganise les perquisitions et saisies qui deviennent des actes d'instruction et accentue le caractère contradictoire du débat devant la chambre d'accusation en cas d'appel. C'est seulement en 1958, avec le nouveau code de



procédure pénale, que le juge d'instruction est affranchi de la tutelle du parquet et désigné par le président du tribunal (désignation qui se fait, depuis la loi du 6 juillet 1989, selon un tableau de roulement).

Le caractère juridictionnel de l'instruction préparatoire est encore accentué par les réformes ultérieures, celle de 1970, qui oblige le juge à prendre une ordonnance motivée pour placer l'inculpé en détention provisoire en matière de délit ; celle de 1975, qui autorise l'inculpé à être assisté d'un avocat lors de la mise en détention et celle de 1984 qui impose un débat contradictoire avant le placement en détention et enlève au ministère public le pouvoir d'empêcher, en faisant appel, la mise en liberté immédiate de l'inculpé. Les lois, abrogées aujourd'hui, de 1985 et 1987 s'étaient efforcées, par la création d'une collégialité (chambre d'instruction et chambre de contrôle de l'instruction), d'accroître encore les garanties judiciaires de l'instruction préparatoire. Enfin, la loi de 1989, imposant une motivation renforcée du placement en détention et autorisant, sous réserve de l'accord de la cour, la publicité des débats devant la chambre d'accusation, s'inscrit dans le même courant de réforme.

Malgré cet effort constant et quasi continu en faveur des garanties judiciaires, le système mis en place par le code d'instruction criminelle a laissé sa marque. Le ministère public garde un rôle prépondérant : en matière de délits, (les crimes représentent seulement environ 3 % de l'ensemble des affaires jugées après une instruction), il décide de façon discrétionnaire, sous réserve de la constitution de partie civile éventuelle de la victime, d'ouvrir ou non une information devant le juge d'instruction et son réquisitoire introductif saisit le juge « in rem », interdisant de ce fait à ce dernier d'instruire sur d'autres faits que ceux retenus dans le réquisitoire. A tout moment, le ministère public peut en outre avoir accès au dossier, orienter les investigations du juge, saisir la chambre d'accusation d'une irrégularité ou faire appel contre une ordonnance quelconque, même conforme à ses réquisitions. Il garde la possibilité de demander le dessaisissement du juge au président du tribunal ou à la Cour de cassation et reste en définitive un rouage essentiel de l'instruction préparatoire. D'ailleurs les agents et officiers de police judiciaire considèrent le plus souvent le ministère public comme leur interlocuteur privilégié.

On comprend, dans ces conditions, que les juges d'instruction - et de nombreux autres magistrats consultés partagent ce point de vue - souhaitent que leur indépendance vis à vis du ministère public soit renforcée et que le caractère juridictionnel de leur fonction soit encore accentué, y compris par des pouvoirs accrus donnés aux parties privées, ce qui les placerait davantage en position d'arbitre. Et la consultation a montré que certains avocats considèrent qu'il faudrait en effet s'orienter vers une telle réforme, qui devrait s'accompagner d'un effort pour améliorer la formation des juges d'instruction.

La Commission estime cependant que le renforcement des fonctions juridictionnelles est incompatible avec le maintien des fonctions d'investigation, pour des raisons tant juridiques que matérielles.

Juridiquement, l'incompatibilité tient au fait que le juge, dans ses fonctions juridictionnelles, doit jouer le rôle d'un arbitre neutre et « paraître tel aux yeux de tous », comme le rappelle à l'occasion la Cour européenne - c'est la condition d'impartialité dans le double sens objectif et subjectif du terme -, or la logique même des investigations lui impose de bâtir des hypothèses sur la culpabilité des uns et l'innocence des autres.

Matériellement, sa double tâche est extrêmement lourde et l'on observe, dès à présent, que le juge d'instruction est amené à sacrifier tantôt ses fonctions d'investigation par un abus des commissions rogatoires, tantôt ses fonctions juridictionnelles par un simulacre de débat contradictoire avant le placement en détention (les avocats étant eux-même, il est vrai, souvent mal organisés pour assurer des permanences suffisamment efficaces) et par une fâcheuse tendance à se contenter d'une motivation des plus sommaires.

Qu'on nous comprenne bien. Les membres de la Commission ont rencontré et entendu de nombreux juges d'instruction. Beaucoup leur sont apparus comme des juges blessés, estimant qu'on les rend responsable de dysfonctionnement, comme la lenteur des procédures ou l'abus des détentions provisoires, dont ils sentent que la cause tient davantage aux structures qu'aux personnes. Certes, ils insistent d'abord sur les difficultés matérielles - tout à fait réelles - de l'exercice de leurs fonctions ; mais ils mettent aussi en cause les textes (par exemple la référence au trouble à l'ordre public comme motif du placement en détention) et admettent, pour la plupart, qu'il serait souhaitable de rééquilibrer les droits des parties privées par rapport au ministère public, notamment par le renforcement des droits de la défense.

La Commission tient à dire avec force que son analyse ne l'amène aucunement à mettre en cause la compétence ni la qualité des magistrats affectés à l'instruction. En revanche, elle pense que les dysfonctionnements des pratiques - de l'ensemble des pratiques dans la phase préparatoire au jugement - sont le signe plus grave d'une inadaptation des structures. Sur ce point, son analyse se sépare de celle des juges d'instruction, inquiets quant à eux à l'idée qu'une réforme des structures puisse mettre en cause un métier qu'ils aiment, qui attire d'ailleurs, comme d'autres fonctions de juge unique (celles de juge d'instance, par exemple), beaucoup de jeunes magistrats à leur sortie de l'ENM, et qu'ils exercent le plus souvent avec une grande conscience.

Selon la Commission, en effet, c'est avant tout l'inadaptation des structures qui est en question. Ainsi s'expliquerait d'ailleurs l'impuis-

sance du législateur : accumulant les réformes sans remettre en cause ces structures, il ne réussit jamais vraiment à améliorer les pratiques mais aboutit à rendre de plus en plus complexe et de moins en moins cohérente la procédure applicable. Ce phénomène est encore accru par les attentes de notre société, devenue beaucoup plus exigeante qu'autrefois. Doublement plus exigeante, en ce qu'elle réclame un respect effectif des droits fondamentaux, sans devenir pour autant plus « laxiste », soucieuse qu'elle est de voir prévenir et réprimer la délinquance et protéger la paix publique avec efficacité.

Dans ces conditions, le renforcement des droits fondamentaux, et, par là, des fonctions juridictionnelles du juge d'instruction, est indispensable. Or, renforcer encore ses fonctions juridictionnelles sans décharger le juge des fonctions d'investigation ne peut qu'accroître les difficultés évoquées plus haut et aboutir à lui imposer une tâche, non seulement plus lourde, mais sans doute impossible.

En outre un tel choix présente le risque de voir encore augmenter la durée moyenne des instructions préparatoires (passée de 1 à 9 mois en moyenne entre 1810 et 1980) et corrélativement, celle des détentions provisoires ; ou de provoquer le développement de la pratique, déjà fort critiquée, des commissions rogatoires à la police.

A moins que le résultat ne soit alors - toutes les conséquences pouvant fort bien se combiner et se cumuler - d'accentuer la tendance actuelle à l'effacement de la procédure de l'instruction préparatoire au profit d'enquêtes de police dont le développement devra entraîner l'apparition de nouveaux contrepoids, nécessaires à la protection des libertés, mais inévitablement générateurs d'une confusion des rôles accrue.

## Confusion des rôles

En moins de trente ans (1960-1988), la proportion d'affaires portées à l'instruction, par rapport aux affaires poursuivies, s'est réduite d'environ 20 % à moins de 10 %. Il est vrai que, si la dépenalisation préconisée par la Commission était réalisée, le total des affaires pénales serait diminué, ce qui modifierait inévitablement les pourcentages indiqués. Mais le nombre d'affaires soumises à l'instruction ne serait sans doute pas sensiblement différent : en effet, les « contentieux de masse » sont rarement portés à l'instruction. La dépenalisation souhaitée améliorerait la situation à la phase de jugement mais ne réglerait pas les problèmes posés par l'instruction. Or ceux-ci expliquent sans doute en partie que la procédure d'instruction tende à devenir, pour reprendre la formule de certains interlocuteurs de la Commission, une « catégorie résiduelle ». En effet, la tendance s'est développée, depuis une dizaine d'années, à

faciliter la saisine de la juridiction de jugement sans instruction préalable de l'affaire.

L'une des techniques utilisées, née avec la loi dite « sécurité et liberté » du 2 février 1981, consiste à élargir les possibilités de jugement rapide au delà des cas de flagrant délit : de la saisine directe instaurée en 1981 (et officiellement destinée à lutter contre la détention provisoire en réduisant le recours à l'instruction) à la comparution immédiate telle que l'a remodelée la loi du 9 septembre 1986, il s'agit toujours de laisser au ministère public le soin d'apprécier si « les charges réunies sont suffisantes » et « l'affaire en état d'être jugée » (art. 395 du CPP). Or, lorsque la réunion du tribunal est « impossible le jour même », le président du tribunal ou le juge désigné par lui décide le placement en détention provisoire ou sous contrôle judiciaire comme le ferait un juge d'instruction ; de même, lorsque le prévenu ne consent pas à être jugé séance tenante, ou encore lorsque le tribunal juge nécessaire un supplément d'information ou des « investigations supplémentaires approfondies », ce tribunal peut alors lui-même placer le prévenu en détention provisoire ou sous contrôle judiciaire et confier le supplément d'information à l'un de ses membres ou à un juge d'instruction, tandis que des « investigations supplémentaires approfondies » peuvent être demandées au ministère public (art. 397-2 du CPP).

Les autres techniques sont principalement la convocation du prévenu par un procès-verbal, qui depuis 1985, peut être établie par un officier de police judiciaire, ce qui dispense d'une présentation au parquet, et la citation directe, souvent utilisée par le ministère public (notamment en matière financière) après de longues enquêtes préliminaires menées par la police : aucun droit n'est alors accordé à la défense puisqu'il n'y a, par hypothèse, ni instruction, ni inculpation, ... ni défense.

Il est vrai qu'en raison de l'importance croissante prise par l'enquête, parfois confiée à des administrations spécialisées, indépendamment de toute instruction, le législateur est intervenu - au coup par coup - pour reconnaître au président du TGI des prérogatives assurant une certaine garantie judiciaire en matière d'atteinte à la vie privée<sup>1</sup>.

Si l'on ajoute que le contrôle des prolongations de garde à vue, en principe assuré par le ministère public ou le juge d'instruction, dépend

1) Voir sur les perquisitions et saisies :

- en matière économique l'article 48 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 ;
- en matière fiscale les articles L. 16-B et L. 38 du livre des procédures fiscales, modifiés par les lois du 29 décembre 1984 et 29 décembre 1989 ;
- en matière douanière l'article 64 du code des douanes modifié par les lois du 30 décembre 1986 et 29 décembre 1989 ;
- en matière boursière, l'article 5 ter de l'ordonnance du 28 septembre 1967, loi du 2 août 1989 ;
- en matière de travail clandestin, l'article L. 611-13 nouveau du code du travail, loi du 2 janvier 1990 ;
- en matière de dopage sportif, les articles 4 et 7 de la loi du 29 juin 1989 ;
- et en matière de terrorisme l'article 706-24 du CPP, loi du 9 septembre 1986.

parfois désormais du président du TGI (art. 706-23 du CPP relatif aux affaires de terrorisme, loi précitée du 9 septembre 1986), on constate que le législateur, en s'efforçant d'améliorer les garanties judiciaires dans les domaines concernés, a contribué aussi à l'effet d'éclatement d'une procédure pénale où s'enchevêtrent les rôles de la police, des juridictions d'instruction, du ministère public, du président du TGI et du président du tribunal correctionnel.

C'est dire combien il devient nécessaire - et urgent - non seulement de corriger les faiblesses actuelles de l'instruction préparatoire, mais encore d'assurer la mise en oeuvre des dix principes fondamentaux dans toutes les affaires.

D'où les propositions qui suivent.

## Vers quoi aller ?

Dès à présent - et quelle que soit la procédure suivie - interviennent à la phase préparatoire deux parties : la partie poursuivante, c'est à dire, à titre principal, le *ministère public* (et à titre accessoire la victime lorsqu'elle s'est constituée *partie civile*), et la partie qui est accusée par la première et se défend, assistée ou non d'un avocat, *la défense*. S'ajoute, nécessaire dès lors qu'il s'agit d'un « procès » pénal, le contrôle d'un tiers impartial et indépendant, *le juge*.

Entre ces différents agents se répartissent, à chaque moment de la procédure, les fonctions d'investigation (recherche des preuves de l'acte, connaissance de la personnalité de l'auteur) et les fonctions juridictionnelles.

Pour assurer de façon effective et efficace le respect du principe de garantie judiciaire et de l'ensemble des autres principes fondamentaux, la Commission propose des structures nouvelles dont elle précise d'emblée qu'elles seraient communes à *toutes les affaires pénales*, c'est à dire qu'elles s'appliqueraient non seulement dans les cas relevant actuellement d'une instruction préparatoire, mais également dans les cas évoqués ci-dessus où l'enquête de police aboutit directement à la saisine du tribunal. C'est dire sa volonté *d'unifier la procédure pénale* et de la rendre à la fois plus transparente et plus cohérente à cette phase préparatoire où les affaires sont mises en état d'être jugées. Cette unification de la mise en état des affaires pénales est nécessaire car il s'agit d'une phase essentielle dont on sait qu'à l'heure actuelle elle détermine largement la décision finale de condamnation ou de relaxe.

Assurant une différenciation plus nette des rôles, les structures proposées commandent un nouvel équilibre en renforçant les prérogatives de

tous les acteurs au procès, mais en leur imposant à tous de nouvelles contraintes et de nouveaux devoirs. Plus précisément, elles s'organisent autour de quatre propositions indissociables :

- instituer un nouveau ministère public ;
- donner à la défense une capacité d'initiative accrue ;
- harmoniser le régime de l'action civile des victimes ;
- renforcer les pouvoirs du *juge* dans le contrôle de la mise en état des affaires pénales et la protection des libertés individuelles.

## Instituer un nouveau ministère public

Le souci de ne pas confondre, entre les mains du *juge*, des pouvoirs d'investigation et des fonctions juridictionnelles amène à attribuer dans tous les cas au ministère public, partie poursuivante, la conduite des investigations, sous le contrôle du *juge*. Conséquence des principes retenus, un tel choix se justifie en outre par les avantages pratiques qui en résultent, et doit permettre un gain d'efficacité dans la mise en état des affaires pénales.

Par son organisation, par les moyens dont il dispose et par son expérience quotidienne des relations avec les services de police judiciaire, le ministère public paraît l'autorité la plus apte à mener l'enquête avec une efficacité et une célérité accrues. Tout particulièrement, son organisation collective doit permettre une continuité dans la direction de l'enquête, alors que, dans le système actuel, le remplacement d'un juge d'instruction entraîne fréquemment la mise en sommeil des procédures. Le rôle de direction de l'activité des agents et officiers de police judiciaire qui lui est attribué par le code de procédure pénale le met également mieux à même de contrôler l'activité des services de police qu'un juge d'instruction procédant par commissions rogatoires. Il est d'ailleurs souhaitable que cette capacité de direction et de surveillance des services de police judiciaire soit renforcée. A cette fin, la Commission propose une meilleure harmonisation des ressorts des tribunaux et des circonscriptions de police, ainsi que la création d'un corps spécifique d'inspection de la police judiciaire (voir infra fiche n° 4).

La Commission n'a toutefois pas ignoré la double interrogation que peut susciter un tel choix, et qui peut se résumer en ces termes :

- est-il véritablement avantageux pour assurer la séparation des fonctions d'enquête et de juridiction, de confondre entre les mains du ministère public les fonctions d'investigation, de poursuite et d'accusation ?
- n'est-il pas particulièrement dangereux d'attribuer, dans tous les cas, la responsabilité de l'enquête à une institution qui, au contraire du juge d'instruction, ne bénéficie pas d'une totale indépendance statutaire à l'égard du pouvoir exécutif ?

Il ne saurait être répondu à ces questions sans passer par une considération préliminaire.

Un système qui distinguerait institutionnellement fonction juridictionnelle et enquête d'une part, enquête et poursuite d'autre part, est abstraitement concevable. En pratique, il ne paraît ni réalisable, ni même souhaitable.

Son aboutissement logique serait en effet, soit de laisser la police seul maître des investigations, soit de faire diriger son action, à égalité, par la défense et le ministère public. Les deux hypothèses (proches du modèle accusatoire) heurtent profondément l'esprit et la tradition du système judiciaire français, et elles risquent de ne pouvoir s'y insérer : il paraît difficilement acceptable, dans la conception juridique française, tant de soustraire les investigations à la direction d'un magistrat que de confier cette direction, sur un pied d'égalité, à une partie, la défense, qui représente des intérêts privés, et à une institution, le ministère public, qui a la charge de l'intérêt général.

Un autre choix s'impose donc. La Commission s'est efforcée de montrer que le principe d'impartialité, qui constitue l'essence même de la fonction juridictionnelle, ne pouvait être pleinement garanti lorsque le juge est aussi l'enquêteur et que c'était donc une telle confusion qu'il convenait avant tout d'éviter.

Ce choix fait, il reste à apprécier les risques qu'il est susceptible d'entraîner. Quel est le danger réel d'une attribution de la direction de l'enquête dans tous les cas au ministère public ?

L'essentiel de la réponse à cette interrogation se trouve dans le jeu même des structures proposées.

*Ces structures n'aboutissent pas à transmettre au ministère public les pouvoirs actuels du juge d'instruction. Elles organisent un nouvel équilibre caractérisé par les attributions suivantes :*

- a u ministère public, les fonctions d'investigation, élargies par rapport à celles dont il dispose déjà ;
- a u *juge*, les pouvoirs juridictionnels, renforcés en matière de garanties des libertés individuelles, et le contrôle des investigations, celui-ci pouvant aller jusqu'au dessaisissement du ministère public par la chambre d'accusation ;
- a u x parties privées (défense et partie civile), de nouvelles prérogatives.

La question se pose cependant de savoir si cet équilibre virtuel ne risque pas d'être perturbé du fait que l'on attribue dans tous les cas la responsabilité de l'enquête à une institution qui, même si elle est composée de magistrats et placée sous le contrôle du *juge*, se trouve, d'une certaine manière, sous la dépendance du pouvoir exécutif.

La réponse à cette question réside, pour la Commission, non seulement dans le contrôle du *juge* évoqué ci-dessus, mais aussi dans un accroissement des garanties institutionnelles dont doit bénéficier le ministère public.

Ainsi la réforme proposée conduit-elle à l'institution d'un ministère public « nouveau », nouveau sous un double aspect :

- parce qu'il lui est attribué de *nouvelles fonctions* ;
- parce que cet accroissement de ses fonctions rend d'autant plus nécessaires de *nouvelles garanties statutaires*.

### **De nouvelles fonctions : la conduite des investigations**

Le ministère public conserve son rôle traditionnel : il exerce l'action publique et requiert l'application de la loi. Il se voit en outre attribuer, dans tous les cas, la *responsabilité des investigations*, qu'il n'exerce actuellement que lorsqu'une instruction n'est pas ouverte.

Autrement dit, c'est désormais le ministère public qui, en toute hypothèse, fait ou ordonne tous les actes utiles à la mise en état de l'affaire.

Les différents aspects de cette fonction sont précisés dans les fiches figurant dans la dernière partie de ce rapport. On peut toutefois en dégager les caractères essentiels :

- le ministère public notifie l'accusation à la personne mise en cause ;
- il procède à l'audition de l'accusé après convocation de son avocat, ainsi qu'à celle des témoins après avis à l'avocat de la défense, s'ils ne sont pas cités par elle ;
- il peut décerner des mandats de comparution, la délivrance des mandats d'arrêt ou d'amener étant de la compétence du *juge* ;
- il saisit le *juge* lorsqu'un acte de la procédure est soumis à la décision ou à l'autorisation de ce dernier et, en particulier, pour tous les actes portant atteinte aux libertés individuelles.

Les pouvoirs d'investigation sont soumis au *principe de célérité*. Le ministère public ne peut, sous peine de nullité, différer la notification de l'accusation qui entraîne le bénéfice de la plénitude des droits de la défense et rend possible le placement en détention ou sous contrôle judiciaire. Il doit achever la procédure dans les délais fixés par la loi ou obtenir du *juge* la prolongation de ces délais (voir infra fiches n° 6 et 8).

Ainsi, la pratique évoquée plus haut de longues enquêtes préliminaires, dirigées par le ministère public sans ouverture d'une instruction et aboutissant à une citation directe est encadrée par le *juge*, saisi dès qu'une mesure est de nature à porter atteinte aux libertés individuelles (prolongation de garde à vue, perquisitions, placement sur écoutes, etc. voir infra p. 145) et au plus tard six mois après l'ouverture de l'enquête



initiale (voir infra fiche n° 8). En outre, la citation directe peut être contestée par l'accusé devant le *juge* qui, le cas échéant, ordonne une enquête contradictoire.

## De nouvelles garanties statutaires

On pourrait spontanément considérer qu'un système attribuant au ministère public la charge de l'enquête a pour conditions nécessaires une indépendance absolue de celui-ci à l'égard du pouvoir exécutif et une réforme constitutionnelle de son statut.

La situation de dépendance du ministère public fait en effet l'objet de débats récurrents, qui gagnent en intensité dès lors que survient ce qu'il est convenu d'appeler une « affaire sensible ». Le principe d'« opportunité des poursuites » est souvent présenté alors par les magistrats eux-mêmes comme « la faille essentielle des systèmes d'inspiration inquisitoriale » (voir infra annexe n° 4).

La Commission a toutefois estimé qu'on ne pouvait affirmer la nécessité d'une indépendance du ministère public sans passer par une *question préalable* : *est-il possible de se passer d'une politique pénale ?*

*La Commission a écarté l'hypothèse d'une rupture absolue des liens unissant le ministère public et le pouvoir exécutif.*

L'idée même de politique pénale peut paraître, au premier abord, choquante. Sans doute va-t-il de soi, dans le principe, que toute infraction doit être poursuivie. La réalité est plus complexe. Il peut arriver que l'engagement de poursuites soit plus nuisible que profitable au bon fonctionnement d'une société. Est-il souhaitable d'engager une action contre les auteurs d'une infraction dont une loi en cours d'examen est sur le point de modifier profondément la définition ? Faut-il nécessairement poursuivre des grévistes qui ont commis quelque infraction sans gravité alors qu'un accord vient d'être conclu avec difficulté ? En somme, le problème essentiel n'est pas tant de savoir s'il faut ou non poursuivre, mais plutôt de déterminer quelles infractions doivent être prioritairement réprimées. Comme en tout autre domaine d'activité de l'État se posent, en matière pénale, des questions d'affectation des moyens disponibles et d'ordres de priorité.

Or, il apparaît que toute réforme conduisant à une indépendance absolue du ministère public remet nécessairement en cause le principe même d'une politique pénale.

L'indépendance peut revêtir deux formes. Dans une hypothèse extrême, on peut imaginer que la rupture du lien avec le pouvoir exécutif s'accompagne d'une « déhiérarchisation » interne, chaque procureur de la République étant autonome dans son ressort. Une autre solution,

fréquemment avancée, est de maintenir la hiérarchie existante mais de substituer, à son sommet, au ministre de la justice, une autorité judiciaire indépendante. Aucune de ces solutions n'est satisfaisante.

La première hypothèse impose de renoncer à toute action cohérente en matière pénale, chaque parquet déterminant, à son gré, les critères de son action. Quant à la seconde, si elle n'exclut pas la possibilité d'une action coordonnée, elle pose le problème de sa légitimité : peut-on parler de « politique pénale » si celle-ci est définie, imposée et mise en oeuvre par une autorité dépourvue de toute légitimité démocratique directe ? Autrement dit, la substitution d'une hiérarchie technique à la hiérarchie politique actuelle n'entraîne-t-elle pas nécessairement soit une forme de « gouvernement » de l'autorité judiciaire, soit le renoncement à toute politique pénale ?

Il est cependant possible d'échapper à un tel dilemme imposant, soit de renoncer à toute politique pénale, soit d'attribuer un pouvoir général d'investigation à une autorité qui se trouverait exposée à l'exercice de pressions politiques. A cette fin, la Commission propose, outre le contrôle par un *juge* du siège impliquant la possibilité d'un dessaisissement du ministère public (voir infra p. 149), un profond réaménagement du statut de ce dernier.

Ce réaménagement trouverait incontestablement sa consécration dans la réforme des dispositions de la Constitution relatives à l'autorité judiciaire et au Conseil supérieur de la Magistrature, mais il peut dès à présent être envisagé au plan législatif selon les axes suivants :

- maintenir l'opportunité des poursuites en précisant les conditions de son appréciation ;
- redéfinir la notion de politique pénale ;
- assurer et préciser les garanties d'indépendance du ministère public.

*Maintenir l'opportunité des poursuites en précisant les conditions de son appréciation* : recommandée par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe (recommandation précitée n° (87) 18 du 17 septembre 1987 sur la simplification de la justice pénale), l'opportunité des poursuites doit être maintenue comme assouplissement nécessaire et moyen d'assurer une politique pénale cohérente.

Cependant, comme le souligne la recommandation du Conseil de l'Europe, le droit à l'égalité des justiciables (dont on rappellera qu'il s'agit, en France d'un principe à valeur constitutionnelle) doit être respecté et « il importe que le procureur fonde sa décision sur certains critères pour éviter l'arbitraire », ces critères devant être « de nature générale ». En d'autres termes, le principe d'opportunité des poursuites autorise à tenir compte, pour fonder un classement sans suite, de différences objectives de situations, mais non de considérations liées à la personne. Il ne doit pas permettre au ministère public de classer, dans certaines affaires, tout ou partie du dossier pour des raisons d'opportunité politique.

De ce point de vue il importe de souligner que le système actuel offre des garanties insuffisantes. Il serait donc tout à fait erroné de considérer que les modifications suggérées par la Commission seraient sur ce point à l'origine de difficultés nouvelles : bien au contraire, la réforme préconisée pourrait être l'occasion de régler un problème d'ores et déjà existant.

Ce souci de distinguer nettement politique pénale et pressions politiques dans l'appréciation de l'opportunité des poursuites pourrait justifier la création d'une instance de recours lorsque l'abstention d'exercer l'action publique est perçue comme une carence de la justice.

Une solution envisageable consisterait ainsi à donner au Procureur Général près la Cour de cassation, saisi par les magistrats du ministère public, ou se saisissant d'office, un pouvoir de contrôle dans ce domaine.

La Commission rappelle toutefois que la fréquence des affaires où l'opportunité politique est susceptible de faire obstacle aux poursuites ne doit pas être surestimée: l'existence d'une victime (individuelle et parfois collective, voir infra p. 143) capable de mettre en mouvement l'action publique par la constitution de partie civile, le rôle de divulgation joué par la presse dans les affaires « politiques » limitent considérablement la marge de l'exécutif. La création d'une instance telle que celle qui a été envisagée ci-dessus aurait donc avant tout une portée symbolique, qui peut cependant avoir son importance à titre transitoire.

Cela dit, l'essentiel, pour assurer le respect des propositions qui précèdent, tient dans la redéfinition de la notion de politique pénale et dans les garanties d'indépendance reconnues au ministère public.

*Redéfinir la notion de politique pénale :* Il importe à cet égard de préciser nettement la ligne de partage entre les interventions gouvernementales qui relèvent d'une politique pénale légitime et celles qui s'apparentent à des pressions exercées sur l'autorité judiciaire. Cette distinction doit être opérée tant au stade de la définition de la politique qu'à celui de sa mise en oeuvre.

En amont, seule une parfaite transparence peut garantir la légitimité de la politique pénale. Celle-ci ne doit être exposée que par voie écrite. Les textes qui la définissent doivent obligatoirement faire l'objet d'une publication.

En aval, il convient de distinguer les instructions générales des consignes particulières, données au ministère public à l'occasion d'affaires spécifiques. Les premières n'affectent pas l'indépendance de celui-ci : elles fournissent les guides et les références nécessaires à la cohérence et à l'efficacité de l'action pénale. Les secondes, au contraire, sont la marque d'une interférence du pouvoir exécutif dans la procédure pénale et portent directement atteinte au principe d'égalité entre les justiciables.

Les dispositions actuelles, distinguant la parole, qui est libre, de l'écrit qui est lié, n'assurent à cet égard qu'une garantie d'indépendance insuffisante, et de nature le plus souvent symbolique, aux magistrats du ministère public. La Commission propose que ceux-ci aient désormais la faculté de refuser de reprendre à leur compte des consignes qu'ils désapprouveraient. C'est notamment à ce stade que pourrait intervenir le Procureur Général près la Cour de cassation lorsqu'il s'agit d'engager ou non une action. Pour l'audience, le ministre pourrait adresser directement à la juridiction de jugement des réquisitions écrites ou faire appel à un avocat pour défendre son point de vue. Une telle procédure existe déjà devant le juge administratif.

Cette clarification de la politique pénale doit se traduire par une définition stricte de la notion de faute disciplinaire : ce dernier point pose le problème des garanties attribuées aux magistrats du ministère public.

*Assurer et préciser les garanties d'indépendance du ministère public* : la situation actuelle des magistrats du ministère public se caractérise par une forte ambiguïté, et les conditions d'articulation entre leur statut de magistrat et leur situation de subordination au pouvoir exécutif n'ont jamais fait l'objet d'une définition précise.

L'ordonnance du 22 décembre 1958 relative au statut de la magistrature, indique que les magistrats du parquet sont placés sous la direction et le contrôle de leurs chefs hiérarchiques et sous l'autorité du Garde des Sceaux, mais ajoute qu'« à l'audience, leur parole est libre ». Comme tout magistrat, le magistrat du ministère public est en outre soumis à une obligation de réserve, sans que les contours de celle-ci aient jamais fait l'objet d'une véritable définition.

Qu'il s'agisse du devoir d'obéissance ou du devoir de réserve, la Commission pense que doivent être précisément définies les conditions dans lesquelles les magistrats du ministère public bénéficient de la liberté de conscience. Tout particulièrement, il convient de préciser les conditions d'application de la liberté de parole, ainsi que les limites séparant l'obligation de réserve de l'obligation de conformisme.

A cette fin, la Commission propose de reprendre les principes dégagés dans les motifs de l'avis émis par la Commission de discipline du parquet, le 9 octobre 1987, à l'occasion de l'affaire Apap.

Quant au *devoir d'obéissance*, cet avis rappelle que la liberté de parole à l'audience a pour effet de soustraire le magistrat du ministère public à la direction et au contrôle de ses chefs hiérarchiques comme à l'autorité du Garde des Sceaux, pour ne le soumettre qu'au commandement de sa seule conscience ; de plus, la Commission estime, compte tenu de ce qui précède, que seule la méconnaissance d'une directive générale peut constituer une faute et qu'il ne saurait en aucun cas y avoir lieu à

sanction disciplinaire lorsqu'un magistrat du ministère public refuse d'obéir à des consignes se fondant sur des considérations de personnes.

Quant au *devoir de réserve*, l'avis précise que celui-ci ne saurait être conçu autrement que comme une garantie apportée aux justiciables ; il a pour seul effet d'interdire aux magistrats toute critique de nature à compromettre la confiance et le respect que leur fonction doit inspirer au justiciable.

Ces garanties, la Commission estime indispensable qu'elles soient inscrites dans la loi et reçoivent une traduction institutionnelle. Ainsi lui paraît-il souhaitable de permettre, en particulier, un contrôle par un organe indépendant du ministre, non seulement des sanctions disciplinaires, mais encore des mutations non sollicitées. Cet ensemble de mesures implique donc une modification de la loi organique.

Consciente de ce que ces garanties et ces nouvelles fonctions renforcent la responsabilité du ministère public, la Commission estime que les réformes qu'elle souhaite doivent s'accompagner, comme pour la défense, d'une réflexion éthique.

## Donner à la défense une capacité d'initiative accrue

L'attribution des pouvoirs d'investigation au ministère public rend d'autant plus nécessaire la réalisation d'un véritable équilibre entre les parties. De *nouvelles prérogatives* marquant un accroissement de la capacité de la défense à intervenir dans la procédure de mise en état ne sont toutefois acceptables qu'à *une double condition* : elles ne devront pas avoir pour effet d'accentuer les inégalités sociales face à la justice ; elles nécessiteront en outre que les barreaux définissent les conséquences d'une telle réforme au regard de leurs règles déontologiques traditionnelles.

## De nouvelles prérogatives

Conséquences nécessaires de l'application du principe d'équilibre des parties aux structures proposées par la Commission, ces prérogatives nouvelles résultent également de plusieurs autres principes fondamentaux de la procédure pénale : présomption d'innocence, droits de la défense ou encore dignité de la personne.

En toute hypothèse, *l'accusé* doit, directement ou par l'intermédiaire de son *avocat*, pouvoir :

- demander tous les actes d'investigation estimés utiles et participer à un choix contradictoire des experts ;
- soulever des nullités devant le *juge* ;
- faire appel des décisions du *juge* susceptibles de cette voie de recours, dans les mêmes conditions que le ministère public.

En outre, *l'accusé* peut :

- lors d'une garde à vue, entrer en relation avec un avocat de son choix ou désigné d'office à sa demande, et avoir avec lui un entretien confidentiel ;
- participer au choix de la procédure qui sera appliquée, en reconnaissant ou non la matérialité des faits qui lui sont reprochés et en acceptant ou non la qualification juridique retenue par la partie poursuivante.

En ce qui concerne *l'avocat*, celui-ci peut accéder en permanence au dossier constitué et s'en faire remettre des copies pour son usage exclusif ; et *l'accusé* peut recevoir, sur autorisation du ministère public ou du *juge*, copie de pièces du dossier.

*L'avocat* peut également assister un accusé lors de ses interrogatoires et confrontations et lui poser des questions ; assister à l'audition des témoins entendus par le ministère public, demander la convocation de témoins et, dans tous les cas, leur poser lui-même des questions ; demander une expertise contradictoire.

## Une double condition

. *En premier lieu*, il est bien évident que si la faculté est donnée à la défense de jouer un rôle actif lors de la mise en état, l'assistance d'un avocat est plus que jamais précieuse, et la question de la « qualité » de cette assistance est directement posée. S'il veut exercer pleinement sa mission, l'avocat ne pourra se contenter d'une assistance minimale. Il devra s'efforcer d'assister aux interrogatoires, demander lui-même la comparution de témoins,...

Dans ces conditions, le danger serait que les inégalités que l'on peut déjà observer en fonction des capacités financières et de la situation sociale des accusés n'évoluent vers une véritable « défense à deux vitesses » : les plus démunis ne bénéficieraient alors que d'un service minimal, l'utilisation de toutes les virtualités que recèlerait une procédure réformée étant réservée à ceux qui pourraient s'octroyer le secours d'avocats sachant et voulant faire preuve d'initiative.

*Dès lors, la mise en oeuvre des réformes proposées est étroitement subordonnée à une réforme profonde de l'aide accordée par l'État en matière pénale.*

Dans son rapport du 30 avril 1990, le Conseil d'État a établi une comparaison des dépenses consacrées à l'aide judiciaire et à l'aide à la consultation juridique - notions réunies sous le terme unique d'« aide juridique » - dans les principaux pays occidentaux. Il y est ainsi montré que si les dépenses d'aide juridique converties en francs/habitants sont de 34 F aux USA, 98 F en Angleterre et au Pays de Galles, 60 F aux Pays-bas et 30 F en RFA, elles ne dépassent pas 7 F par habitant en France.

Si l'on isole la part du budget consacrée à l'aide juridique en matière pénale, l'écart est de 1 à 5 entre la France et la RFA, mais devient sensiblement plus important avec les pays de tradition accusatoire : de 1 à 20 avec les USA et de 1 à 50 avec l'Angleterre et le Pays de Galles.

Sans doute faut-il aussitôt apporter un double correctif à ces données brutes. Les pays cités connaissent un nombre de litiges soumis aux tribunaux, supérieur au nombre enregistré dans notre pays. En outre, pour certains, la procédure pénale est de nature essentiellement accusatoire, et la fonction de l'avocat y est, de ce fait, beaucoup plus importante.

La portée d'une telle correction ne doit cependant pas être surestimée. En matière civile, la France n'échappe pas au phénomène de judiciarisation des sociétés occidentales, et le nombre des litiges contentieux s'y accroît rapidement. En matière pénale, les propositions faites par la Commission conduisent, on l'a vu, à une extension du rôle de l'avocat. Sans aller jusqu'à lui donner l'initiative et la direction autonome de l'enquête, celles-ci l'amènent cependant à intervenir plus tôt et de façon plus active.

Même en tenant compte de l'impact de la dépenalisation préconisée par la Commission, la charge en matière d'aide juridique serait accrue, dans des proportions que la Commission n'est pas en mesure de chiffrer avec précision mais qui imposent certainement un alignement des dépenses sur un pays à procédure comparable comme la RFA. En outre, les propositions de la Commission supposent aussi « la recherche de la qualité du service » assuré par les avocats, au double sens donné à ce terme par le rapport précité du Conseil d'État : *compétence*, impliquant notamment une formation spécialisée en matière pénale et une meilleure information du public sur les spécialités ; et *disponibilité*, impliquant l'organisation de permanences pénales, auxquelles des avocats se consacraient pour une période limitée, à mi-temps ou à plein temps, cette disponibilité devrait être facilitée par l'institution d'un « calendrier prévisionnel » (voir infra fiche n° 8).

Une mise en oeuvre du projet de la Commission, à aide juridique donnée ou insuffisamment améliorée, conduirait ainsi à un accroissement des inégalités face à la justice qui ne saurait être accepté. La Commission fait donc d'une réforme de l'aide accordée par l'État en

matière pénale, une condition indispensable à la mise en oeuvre des mesures proposées.

· *En second lieu*, le développement du rôle de l'avocat, suppose que les barreaux précisent, dans cette nouvelle perspective, les obligations déontologiques qui résulteront de cet accroissement des prérogatives de l'avocat. Il leur reviendra bien sûr de veiller scrupuleusement au respect de ces règles.

## Harmoniser le régime de l'action civile

S'il est évident que la protection des victimes est l'un des objectifs du droit pénal, il n'en demeure pas moins que seul le ministère public est partie principale à l'action répressive, même lorsque l'action publique est mise en mouvement par la partie civile.

C'est donc au ministère public qu'incombe d'abord la mise en état des affaires pénales. Sous cette réserve, la Commission propose d'évoluer vers un authentique « droit de la victime ». Celui-ci suppose, outre le droit à l'indemnisation, un accès au dossier lui permettant une meilleure défense de ses intérêts et, plus généralement, pour ce qui est des intérêts civils, un alignement des droits de la victime sur ceux dont bénéficie la défense.

L'accès des victimes individuelles, tel qu'il est organisé actuellement sous forme de constitution de partie civile devant le juge d'instruction, ne pose pas de problème, et les réformes de structures proposées par la Commission ne nécessitent, sur ce point, qu'une adaptation mineure : dans le schéma proposé, la constitution de partie civile aurait lieu devant le *juge*, lequel statuerait sur la recevabilité et, s'il y a lieu, enjoindrait au ministère public d'ouvrir une enquête.

En revanche, si l'on met à part le cas des affaires de presse - la loi de 1881 comportant des dispositions particulières, notamment en matière de preuves -, la citation directe du prévenu par la victime devant la juridiction de jugement soulève de sérieuses difficultés. Ainsi n'est-il pas rare de voir le tribunal correctionnel saisi par cette voie de faits de nature civile et abusivement qualifiés pénalement, ou encore de faits donnant lieu à contestation sérieuse et nécessitant une véritable instruction. Une telle situation, outre le fait qu'elle est susceptible d'entraîner un grave dommage, est préjudiciable à une bonne administration de la justice en ce qu'elle conduit à l'encombrement des prétoires par des affaires qui ne sont pas en état d'être jugées.

Dans le système proposé, cet inconvénient disparaît, dès lors que le *juge*, en cas de citation directe par le ministère public ou la partie civile, peut être saisi à la demande de la personne citée ou du ministère



public, se prononcer sur la recevabilité et ordonner, le cas échéant, une enquête contradictoire.

Une fois précisés dans cette perspective les *droits des victimes parties civiles* (quelles qu'elles soient), il conviendra d'indiquer comment pourrait être envisagée *l'unification des conditions de recevabilité de l'action civile des associations*.

## **Préciser les droits des victimes parties civiles**

*Droits de la partie civile (directement ou par l'intermédiaire de son avocat) :*

- saisir le *juge*. Citer directement devant le tribunal la partie poursuivie, celle-ci pouvant (sauf en matière de presse) contester la citation auprès du *juge* ;
- demander tous actes d'investigation estimés utiles ;
- demander les expertises utiles à la détermination de l'existence, de l'origine ou du montant du préjudice ;
- soulever des nullités ;
- faire appel des décisions du *juge* susceptibles de cette voie de recours et faisant grief à ses intérêts, à l'exclusion de celles relatives à la détention provisoire ou au contrôle judiciaire.

*Prérogatives accordées à l'avocat de la partie civile :*

- accéder au dossier dans les mêmes conditions que la défense ;
- assister la victime lors de ses auditions et confrontations.

## **Unifier les conditions de recevabilité de l'action civile des associations**

L'article 2 du CPP permet déjà aux groupements dont la personnalité morale est reconnue, comme aux personnes physiques, d'exercer l'action civile lorsqu'une infraction a causé un préjudice direct à leurs intérêts, sous la forme, par exemple, d'une atteinte à leur patrimoine.

En revanche, s'agissant du préjudice causé par une infraction à l'intérêt collectif défendu par un groupement, seules des lois ponctuelles ont donné la faculté à certaines catégories d'associations d'exercer l'action civile dans des conditions dérogeant au droit commun. Leur nombre est désormais important, croît de manière accélérée et les exceptions paraissent de moins en moins justifiables. Les régimes eux-mêmes sont divers : diversité tenant à la nature de l'infraction (action limitée ou non à une liste d'infractions déterminées par la loi), au caractère du préjudice (direct ou indirect selon les cas), à l'attitude de la victime directe (accord ou constitution de partie civile préalable à l'action de l'association) ou du ministère public (action publique déjà mise en mouvement), à l'ancienneté de l'association (déclaration antérieure de 3 ou 5 ans à

l'infraction) ou à son statut (agrément, reconnaissance d'utilité publique...).

La Commission propose un régime unique applicable aux associations.

*Peut exercer les droits reconnus à la partie civile, toute association agréée régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans à la date des faits qui a pour objet, par ses statuts, la défense d'intérêts collectifs que l'infraction a directement ou indirectement lésés (voir infra fiche n° 1).*

Une telle unification ne doit toutefois pas conduire à des débordements contentieux. Les infractions pouvant donner lieu à une telle action « collective » doivent être limitativement énumérées par la loi ; en outre, la citation directe par une association, comme celle faite par le ministère public ou par une victime individuelle peut être contestée auprès du *juge* par la partie poursuivie.

## Renforcer les pouvoirs du juge dans le contrôle de la mise en état et la protection des libertés individuelles

Il s'agit là de la clé de voûte de la réforme proposée. Que l'on considère les *pouvoirs propres donnés au juge* ou le *rôle attribué à la chambre d'accusation*, l'objectif est d'organiser un contrôle par les magistrats du siège des investigations menées par le ministère public et d'assurer la garantie judiciaire des libertés individuelles. Dans cette perspective, les propositions de la Commission tendent à une simplification et à une meilleure efficacité des structures judiciaires. En effet, seraient confiées au même *juge* l'ensemble des compétences relatives aux libertés individuelles actuellement partagées entre le juge d'instruction, le tribunal correctionnel et le président du tribunal de grande instance, y compris le contrôle de certaines mesures administratives privatives de liberté.

### Les pouvoirs propres du juge <sup>1</sup>

#### Le contrôle de la procédure de mise en état

Les compétences du *juge*, dans sa fonction de juge de la légalité de l'enquête, peuvent être présentées selon trois aspects principaux, ceux-ci se recoupant toutefois pour certaines décisions.

1) L'adoption de nouvelles structures énumérées ci-dessous nécessiterait sans doute la création d'un vocable nouveau, la Commission a toutefois préféré éviter de s'engager dans un débat terminologique qui lui paraît prématuré.  
Cette institution est donc désignée dans tout le rapport par l'expression : *le juge*.

*Son autorisation est nécessaire pour toute mesure portant atteinte aux droits fondamentaux de la personne.*

C'est lui qui prolonge la garde à vue (voir fiche n° 17), décide les mesures privatives ou restrictives de liberté (détention provisoire ou contrôle judiciaire), et décerne les mandats d'amener.

Il doit, de plus, être saisi par le ministère public lorsque celui-ci envisage de recourir à une perquisition (voir fiche n° 12), à une mesure de placement sur écoutes (voir fiche n° 13)...

*Il contrôle la régularité de la procédure de mise en état.*

Il vérifie, à ce titre, la légalité des initiatives prises par les parties, qu'il s'agisse de la décision de « plaider coupable » (voir fiche n° 2) ou du recours par la police ou le ministère public à une procédure d'urgence (voir fiche n° 5).

Plus généralement, il s'assure de la régularité de l'activité d'investigation menée par le ministère public :

- il accorde ou refuse la prolongation des délais légaux d'enquête (voir fiche n° 8) ;
- il statue, à la demande des parties, sur le refus du ministère public d'accorder une mesure d'investigation ;
- il statue sur les nullités des actes de la procédure, soulevées devant lui ou qu'il relève d'office (voir fiche n° 7) ;
- enfin, constatant l'inaction du ministère public ou des entraves à la bonne marche de l'enquête, il peut saisir la chambre d'accusation et lui demander le dessaisissement du ministère public (voir infra p. 149).

*Il prend les décisions juridictionnelles relatives aux différents stades de la procédure.*

En cas soit de citation directe par le ministère public ou la partie civile, soit de convocation par procès-verbal, il peut, à la demande de la personne citée ou du ministère public, ordonner une enquête contradictoire.

En toute hypothèse, il statue sur la recevabilité des constitutions de parties civiles (voir fiche n° 1). Il décide du renvoi devant la juridiction de jugement ou ordonne éventuellement un non-lieu.

## **La garantie du respect des libertés individuelles**

Assurer le respect des libertés individuelles est la mission de tout juge, qu'il appartienne à l'ordre judiciaire ou à la juridiction administrative. Le fait de confier à un même juge l'essentiel du contentieux judiciaire des libertés individuelles ne signifie donc nullement que ce « juge des libertés » aurait l'exclusivité d'une telle tâche. Il traduit le souci de la Commission de simplifier les structures judiciaires et de rendre plus aisée leur perception par le public ainsi, peut-être, que d'accroître

l'efficacité du contrôle juridictionnel, en attribuant à un même *juge* différents contentieux des libertés.

Il s'agit en fait de deux types de contentieux :

- les actes effectués lors de l'enquête ou les mesures prises avant le renvoi devant la juridiction de jugement qui portent atteinte aux libertés : les compétences du *juge* dans ce domaine ont été exposées ci-dessus ;

- les divers cas où l'autorité judiciaire est amenée à intervenir lors d'une procédure administrative susceptible de porter atteinte aux droits fondamentaux de la personne : c'est pour l'essentiel, le rôle joué par le juge judiciaire dans certaines mesures administratives prises au titre de la *police des étrangers* - rétention administrative - ou de la *police des aliénés* - contrôle des mesures d'internement d'office.

Placé en situation d'arbitre entre l'autorité administrative, le ministère public et la défense, garant d'un difficile équilibre entre le respect des libertés et l'efficacité des poursuites ou des mesures administratives, le *juge* apparaît bien comme le pivot des structures proposées. C'est dire combien il est indispensable qu'il soit choisi avec un soin particulier.

Il est ainsi apparu absolument nécessaire à la Commission que ce *juge* ait au moins rang de vice-président de tribunal de grande instance.

Au plan pratique, ce choix implique les conséquences suivantes : il y a à ce jour (en métropole et dans les DOM-TOM) 568 juges d'instruction dont 112 premiers juges ayant donc le grade de vice-président. Ce dernier chiffre est sans doute insuffisant pour assumer les nouvelles responsabilités prévues. La réforme proposée pourrait entraîner une réduction du nombre des postes actuellement tenus par les juges d'instruction, mais de manière peu importante, car si le *juge* n'a plus de pouvoir d'investigation, il voit en revanche son rôle juridictionnel renforcé et étendu. Les quelques postes dégagés concernent d'ailleurs des magistrats du siège inamovibles. Il s'agira donc, en définitive, d'envisager la création de postes de greffiers, une augmentation du corps des magistrats, ainsi que la modification de la pyramide hiérarchique accompagnée d'un effort important de formation et d'une réflexion éthique. La Commission rappelle toutefois qu'elle propose la suppression des jugements par défaut (voir infra fiches n° 6 et 20) et la simplification de la procédure (voir infra fiche n° 2), préconise une dépenalisation et recommande la départementalisation des juridictions pénales, ce qui devrait réduire très sensiblement les besoins en effectifs.

Parallèlement à l'amélioration de l'aide juridique, la Commission estime en outre indispensable une amélioration comparable des conditions de travail des magistrats.

## Le rôle accru de la chambre d'accusation <sup>1</sup>

L'éventuelle institution de la collégialité au stade de l'instruction a fait l'objet, ces dernières années, de débats récurrents et de tentatives législatives couronnées de peu de succès.

On connaît les arguments des adversaires de la collégialité, qui se retrouvent d'ailleurs dans les réponses de certaines juridictions à la consultation (infra annexe n° 4) :

- une telle solution est à l'origine de difficultés matérielles, en termes notamment d'effectifs ;
- ses effets ne sont pas garantis, dans la mesure où la collégialité se trouve nécessairement prise entre deux positions extrêmes : entériner les propositions des enquêteurs ou organiser un véritable pré-jugement de l'affaire.

Face à de tels inconvénients, quels peuvent être les avantages de la collégialité au stade de l'instruction ?

L'argument traditionnel de ses partisans est qu'elle permet d'éviter le risque de partialité d'un juge qui, chargé de l'instruction sous deux aspects - fonctions d'enquête et fonctions juridictionnelles - peut être tenté de mettre les secondes au service des premières: l'exemple typique en est l'utilisation de la détention provisoire comme moyen de pression.

Les structures proposées par la Commission, dans la mesure où elles reposent sur une distinction des deux catégories de fonctions, éliminent, en principe, un tel risque. Dans ces conditions, la collégialité ne pourrait être justifiée que par un souci d'ordre différent. Il s'agirait d'éviter que le face à face d'une institution fortement organisée et hiérarchisée - le ministère public - et d'un homme isolé - le *juge* - ne se traduise par un déséquilibre au détriment de ce dernier.

Réforme du ministère public, choix du *juge* à un rang élevé constituent déjà des éléments de réponse à un déséquilibre virtuel. Un troisième réside dans le renforcement du rôle joué par la chambre d'accusation. La position du *juge* se trouve alors confortée par la présence d'un organisme de composition collégiale. Le recours à la collégialité est toutefois réservé aux seuls cas où il est véritablement utile :

- lorsqu'il est fait *appel* de certaines décisions du *juge* ;
- et, de manière exceptionnelle, en cas de carence majeure rendant nécessaire le *dessaisissement du ministère public*.

1) Pour les raisons indiquées ci-dessus à propos du juge la désignation de la chambre d'accusation devrait sans doute être elle aussi modifiée, la terminologie qui serait adoptée pour le juge commanderait celle de la chambre d'accusation.

## **L'appel**

La chambre d'accusation est l'instance d'appel de la plupart des décisions du *judge*. Sont susceptibles d'appel devant la chambre d'accusation :

- les mesures relatives à la liberté individuelle ;
- le refus d'autorisation d'investigation ;
- le refus de prolongation de délai d'enquête ;
- les décisions sur les nullités ;
- la décision de non-lieu ou de refus d'informer ;
- les décisions sur la compétence ;
- la décision sur la recevabilité de partie civile ;
- la décision fixant le montant de la consignation.

Le président de la chambre d'accusation rejette les appels hors délai ou dilatoires. Son ordonnance devra à l'avenir être motivée. Le pourvoi n'est immédiatement recevable que pour les décisions énumérées par la loi (détention, nullités, décisions mettant fin à la procédure...).

## **Le dessaisissement du ministère public**

La chambre d'accusation est en outre l'instance qui, saisie par le *judge* en cas d'inaction du ministère public ou d'entrave à la bonne marche de l'enquête, pourra ordonner le dessaisissement et désigner l'un de ses membres pour procéder aux investigations.

La Commission s'est en effet efforcée de prendre en compte les situations de conflit ou de blocage que pourrait occasionner le cumul systématique des fonctions d'enquête et de poursuite par le ministère public. Celui-ci peut se voir contraint d'enquêter sur injonction du *judge*, après constitution de partie civile, alors qu'il estime qu'il n'y a pas lieu de poursuivre. Il peut se voir enjoindre de procéder à de nouvelles mesures d'investigation, alors qu'il les estime inutiles.

C'est à un tel souci que répond l'institution d'une procédure de dessaisissement du ministère public, dont le fonctionnement s'inspire directement des dispositions qui régissent actuellement le rôle de la chambre d'accusation dans le cas d'infractions commises par des magistrats ou certains fonctionnaires (art. 682 du CPP) ou lorsque la chambre décide d'évoquer une affaire (art. 206 al. 3, 207 al. 2 et 221-1 du CPP).

Cette solution a paru de loin préférable à celle qui aurait consisté à attribuer au *judge* la faculté de dessaisir lui-même le ministère public. Il était difficile qu'une décision d'une telle gravité et supposant un affrontement direct avec le ministère public relevât d'un magistrat isolé. Le recours à la chambre d'accusation permet néanmoins d'éviter l'institution d'un nouvel organe.

La procédure de dessaisissement serait la suivante.

Lorsque le *juge* chargé du contrôle de la mise en état, saisi par l'une des parties ou d'office, estime qu'il est en présence d'une *inaction du ministère public* ou d'*entrave à la bonne marche de l'enquête*, il peut saisir la chambre d'accusation en vue du dessaisissement du ministère public.

La chambre d'accusation peut dessaisir le ministère public de l'enquête, par arrêt motivé susceptible de pourvoi. Dans ce cas, elle désigne l'un de ses membres pour procéder aux investigations. Celui-ci peut requérir par commission rogatoire tout officier de police judiciaire de procéder aux actes d'information qu'il estime nécessaires.

La chambre d'accusation est substituée au *juge* pour l'exercice des fonctions juridictionnelles. Celui de ses membres qui a la charge de l'enquête ne peut alors prendre part aux décisions de la chambre.

C'est, de même, la chambre d'accusation qui autorise, sur demande de celui de ses membres chargé de l'enquête, les mesures portant atteinte aux libertés individuelles.

Les demandes du ministère public et des parties privées relatives à des actes d'enquête sont adressées au membre de la chambre chargé de l'enquête. Si celui-ci refuse les mesures demandées, les parties peuvent saisir la chambre d'accusation.

A la clôture de l'enquête contradictoire, la chambre d'accusation peut être saisie par le juge, s'il estime non fondé le non lieu demandé par le ministère public.

La Commission a choisi, en toute connaissance de cause, de ne pas se borner à suggérer un « toilettage » du code de procédure pénale ou un recensement d'aménagements pratiques parmi lesquels les instances politiques pourraient puiser à leur gré. Elle est, de ce fait, pleinement consciente du caractère novateur de la réforme d'ensemble qu'elle propose.

Toutefois, prête à faire preuve d'audace, elle refuse tout aventurisme. Ses membres ont donc été unanimes pour affirmer que les propositions qui viennent d'être exposées étaient étroitement subordonnées au respect des conditions dont elles sont assorties.

Si l'ensemble des conditions n'était pas rempli, la Commission, à une forte majorité, préférerait le maintien des structures actuelles à une réforme risquant d'aboutir à une situation encore moins satisfaisante que la situation présente. Toutefois, deux membres de la Commission estiment que, dans cette hypothèse, mieux vaudrait alors adopter les structures proposées dans l'opinion divergente de M. Braunschweig : maintenir les pouvoirs d'investigation du juge d'instruction et confier les fonctions juridictionnelles à une « chambre d'instruction » (voir infra).

## Seconde partie

# Règles de procédure

Si, dans sa transcription juridique, la procédure pénale prend la forme d'un système de règles techniques, elle ne saurait s'y réduire. Elle est, nécessairement, l'émanation d'un ensemble de valeurs et de finalités souvent difficilement conciliables. C'est à ces fondements de la procédure - principes qui la commandent, acteurs qui la mettent en oeuvre - qu'ont été consacrées l'introduction et la première partie de ce rapport. La Commission s'est efforcée d'y présenter les choix essentiels qui doivent, selon elle, présider à toute volonté de réforme en profondeur.

Parvenue à ce stade, elle s'est trouvée confrontée à un dilemme : fallait-il passer des choix de principe à un système de règles ? Était-il préférable de s'en tenir à l'exposé d'options et de cadres fondamentaux, et laisser aux instances politiques, si elles les retenaient, le soin d'en tirer les conséquences techniques ?

Il ne lui a paru, en premier lieu, ni utile, ni souhaitable de proposer, par une application systématique des options dégagées, un système procédural exhaustif et détaillé. En effet, si certaines règles de procédure résultent sans doute nécessairement des choix effectués, d'autres leur sont plus indifférentes et surtout, pour beaucoup d'entre elles, plusieurs variantes sont possibles. Dès lors, une révision exhaustive des règles du code consacrées à la mise en état des affaires pénales n'aurait été qu'un exercice formel, alourdisant le rapport, et risquant de nuire à la perception claire des innovations proposées. En outre, il a paru à la Commission que l'entreprise de réflexion et de proposition qui lui avait été confiée, relevait d'une démarche différente de la rédaction d'un projet ou même d'un avant-projet de loi.

Cependant, c'eût été sans doute pour la Commission ne remplir qu'incomplètement sa mission que de s'en tenir à proposer des principes et des choix de structures, sans s'efforcer de mettre en évidence leurs effets dans le déroulement technique de la procédure.

C'est pour échapper à un tel dilemme qu'a été retenu le système des « fiches » sur lequel est construite la seconde partie de ce rapport. On



n'y trouvera donc ni l'ébauche d'un projet de texte, ni même un ensemble de règles minimales. Il s'agit plutôt d'un document de travail dont l'élaboration a permis à la Commission de s'assurer de la cohérence technique des options retenues.

Cette fonction de document de travail explique la composition en deux parties de chacune des fiches. La première est consacrée à la confrontation du droit actuel aux options fondamentales retenues ; elle permet, pour chaque thème, de dégager une grille d'analyse et un ensemble d'orientations. La seconde fait apparaître les conséquences procédurales possibles par un ensemble de propositions.

Ces dernières sont d'un degré de précision variable, selon que l'aspect de la procédure examinée met plus ou moins fortement en jeu les options retenues. Elles varient également en intensité : pour la Commission, certaines résultent nécessairement des choix effectués ; d'autres ne sont retenues qu'à titre d'exemple, parmi plusieurs choix possibles.

# **L'incidence du choix ou de la qualité des parties sur le déroulement de la procédure**

Fiche n° 1

## **Constitution de partie civile**

Les dispositions actuelles du code de procédure pénale assurent l'accès de la victime à la justice pénale : toute personne physique ou morale qui a personnellement souffert d'un dommage directement causé par une infraction peut mettre en mouvement l'action publique en se constituant partie civile (cf. art. 2 du CPP).

La Commission propose d'élever cet accès au rang de principe de la procédure pénale, et d'en tirer toutes les conséquences, en favorisant l'évolution vers un droit de la victime, parallèle à celui de la défense.

Un tel effort est susceptible d'emprunter trois voies :

- permettre une participation plus active de la victime à la procédure de mise en état ;
- la faire bénéficier de meilleures garanties d'indemnisation ;
- simplifier et unifier les conditions d'accès à la justice pénale pour les associations.

## **Évoluer vers un véritable droit de la victime**

Il importe que soit pleinement reconnu à la victime le statut de partie à la procédure et qu'elle puisse, à titre de partie jointe, y participer de manière plus active.

Tel est l'objet des propositions concernant la participation de la partie lésée à la procédure, dans les conditions indiquées en première partie du rapport (voir aussi les fiches qui suivent).

## **Assurer de meilleures garanties d'indemnisation**

La loi du 3 janvier 1977 a ouvert à certaines victimes d'infractions la possibilité d'un recours en indemnité lorsque la réparation intégrale du préjudice subi ne peut être obtenue d'aucune autre façon. L'indemnité est versée par l'État qui est alors subrogé dans les droits de la victime.

La procédure ne garantit toutefois pas une indemnisation totale de toutes les victimes d'infractions. Tant les faits à l'origine du dommage que le préjudice lui-même doivent être d'une particulière gravité.

Un projet de loi en cours d'examen devant le parlement s'efforce d'assurer de meilleures conditions d'indemnisation des victimes d'un dommage corporel, et propose d'autre part d'élever le plafond de ressources au dessous duquel les victimes de vol, d'escroquerie ou d'abus de confiance ont droit à indemnité. Les indemnités seront versées sans délai par un Fonds de garantie des victimes d'infractions.

Si un élargissement accru des conditions d'ouverture du droit à indemnisation est sans doute souhaitable, les problèmes posés relèvent de considérations financières bien plus que juridiques, et la Commission a préféré s'abstenir d'émettre des propositions précises dont elle n'était pas en mesure d'estimer les effets budgétaires. Elle tient, d'autre part, à rappeler l'importance du désintéressement de la victime par l'auteur même de l'infraction, désintéressement qui peut, dès à présent, faire bénéficier le coupable de circonstances atténuantes (art. 467-1 du CPP) ou permettre la dispense de peine (art. 469-2 du CPP) et serait la condition du classement judiciaire des poursuites proposé par la Commission (voir fiche n° 2).

De meilleures garanties d'indemnisation pourraient aussi résulter de l'institution d'une procédure de médiation (voir supra : introduction, principe de légalité).

### **Unifier les conditions d'accès à la justice pénale pour les associations**

Le régime actuel d'accès des associations se caractérise par des dispositions éparses et disparates.

En premier lieu, l'exercice des droits de la partie civile n'est reconnu qu'à certaines d'associations, sélectionnées en fonction de la nature des intérêts qu'elles défendent. Il s'agit de diverses associations à objet humanitaire (par exemple : les associations de lutte contre le racisme, les discriminations, le proxénétisme ou l'alcoolisme), ou écologiste (mouvements de protection de l'environnement, des animaux et de la nature) ; plus largement des associations de défense des intérêts des familles, des consommateurs... La liste est loin d'être exhaustive, et sa connaissance est d'autant plus difficile que si les conditions d'action de certaines de ces associations sont inscrites dans le code de procédure pénale, pour d'autres elles doivent être recherchées dans des textes épars.

En second lieu, l'exercice des droits de la partie civile est parfois soumis à des conditions d'agrément ou d'ancienneté, ou au cumul de ces deux conditions.

Certaines associations ne peuvent ainsi exercer l'action collective que si elles sont reconnues d'utilité publique - ligues antialcooliques, par exemple -, d'autres doivent en outre avoir reçu un agrément spécial.

Nombreuses sont les associations pour lesquelles la possibilité d'agir comme partie civile pour la défense d'un intérêt collectif est subordonnée à des conditions d'ancienneté : associations de lutte contre le racisme, les violences sexuelles...

Quant aux associations de consommateurs, elles doivent à la fois remplir des conditions d'agrément et d'ancienneté.

Un second type de conditions peut en outre venir s'ajouter : ainsi certaines associations ne peuvent-elles exercer l'action civile qu'avec l'accord de la victime (lutte contre les violences sexuelles) ou si l'action publique a déjà été mise en mouvement par le ministère public ou la victime directe (défense de l'enfance martyrisée).

Enfin, au sein même de l'ensemble des groupements concernés l'amplitude du domaine d'action est variable : l'action des associations de consommateurs (comme celle des syndicats) est ouverte pour tout fait portant préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif représenté ; en revanche, la plupart des autres associations ne peuvent agir que si le préjudice est causé par certaines catégories d'infractions ou par des infractions limitativement énumérées.

Si cette disparité restait acceptable lorsque l'action collective était le privilège de quelques organismes, son maintien paraît peu concevable lorsqu'on prend en considération le nombre des associations désormais aptes à exercer une telle action et l'accélération du mouvement. On est d'ailleurs contraint de reconnaître, quelle que soit la peur « d'engorgement » des juridictions manifestée par certains magistrats, qu'il s'agit là d'un phénomène irréversible, à l'intersection de deux mouvements de fond de nos sociétés : le développement de l'action associative et la place croissante du droit dans les relations sociales.

Aussi la Commission propose-t-elle une unification et une simplification, tant de l'accès que du domaine d'action, en retenant trois critères :

- la relation de l'infraction avec l'objet de l'association ;
- l'agrément afin de permettre une vérification préalable du sérieux du groupement ;
- l'ancienneté de celle-ci, afin d'éviter les créations de circonstance.

Unifier le régime dans le sens d'un élargissement nécessite toutefois de se prémunir contre d'éventuels débordements et d'éviter que certaines associations ne soient tentées de considérer le prétoire comme un lieu de débat public, occasion d'un accès facile aux médias. Aussi est-il souhaitable que la loi fixe *une liste limitative des infractions* pour lesquelles on peut défendre non seulement un intérêt personnel et direct, mais aussi un intérêt collectif en cas de préjudice indirect.

D'ailleurs, la faculté donnée à la partie poursuivie ainsi qu'au ministère public, de contester la citation directe devant la juridiction de jugement par la saisine du *juge* sert de contrepoids en permettant au *juge* de contrôler la capacité juridique de l'association et la recevabilité de son action et de vérifier que l'affaire est en état d'être jugée. Cette procédure évite que certaines associations n'utilisent des poursuites pénales abusives comme un moyen de publicité sinon de « chantage » médiatique.

## Propositions de la Commission

Lorsque l'action publique est déjà engagée, la victime d'une infraction peut se constituer partie civile auprès du *juge* ou lors de l'audience de jugement.

Lorsque l'action publique n'est pas encore engagée, elle peut être mise en mouvement par la plainte avec constitution de partie civile devant le *juge*. La partie civile peut citer directement la personne poursuivie devant la juridiction de jugement ; cette personne (et le ministère public) ayant la faculté, dans un délai prévu par la loi, de saisir le *juge* et de contester devant lui la citation (sauf en matière de presse).

La partie civile qui met en mouvement l'action publique doit, si elle n'a pas obtenu l'aide judiciaire, consigner au greffe une somme fixée par le *juge* qui ne doit pas être supérieure au montant présumé des frais de procédure. Le *juge* peut dispenser de consignation compte-tenu des ressources de la victime ou de la nature particulière de l'affaire (cf. art. 88 du CPP). La Commission estime toutefois souhaitable d'envisager un système de forfait partiel : la consignation serait constituée d'une partie fixe dont le montant serait prévu par la loi selon la qualification de l'infraction prétendue, et d'une partie variable représentant les frais présumés d'expertise.

Le *juge* examine la recevabilité de la constitution et s'assure que les faits allégués peuvent légalement comporter une poursuite. Il ordonne communication de la plainte au procureur de la République.

Le ministère public ouvre une enquête ou décide qu'il n'y a pas lieu à poursuivre. Dans ce dernier cas, la partie civile dispose d'un délai de dix jours pour présenter ses observations écrites ou orales. A l'issue de ce délai, le *juge* décide s'il convient d'ordonner le non-lieu, l'ouverture d'une mise en état ou le renvoi devant une juridiction de jugement.

Lorsqu'il est saisi par une personne faisant l'objet d'une citation directe ou par le ministère public, le *juge*, après avoir examiné la recevabilité de la constitution décide s'il y a lieu d'autoriser la citation directe ou d'ordonner l'ouverture d'une enquête. Dans ce dernier cas, la procédure se déroule dans les conditions exposées ci-dessus.

Les ordonnances par lesquelles le *juge* déclare irrecevable la constitution de partie civile ou décide le non-lieu sont motivées et susceptibles d'appel devant la chambre d'accusation.

S'agissant d'associations, la constitution de partie civile ne peut être recevable, par dérogation au droit commun de l'article 2 du CPP, que si les conditions suivantes sont remplies :

- l'association doit être agréée, régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans à la date des faits ;
- les faits doivent être susceptibles de constituer une infraction figurant sur une liste déterminée par la loi ;
- l'infraction prétendue doit avoir porté atteinte aux intérêts collectifs dont l'association, par ses statuts, se propose la défense.

Droits de la partie civile : se reporter à la première partie et aux fiches relatives aux différents actes de la procédure.

## Simplification des procédures quand l'accusé « plaide coupable<sup>1</sup>»

Dans le système actuel, l'attitude de la personne poursuivie est juridiquement dépourvue d'effet sur la procédure appliquée (sauf en ce qui concerne le jugement séance tenante que le prévenu peut refuser en cas de comparution immédiate).

En matière criminelle, une procédure unique exigeant une mise en état approfondie tant sur les faits que sur la personnalité, est imposée par le code ; dans les autres cas, c'est à la partie poursuivante - ministère public ou partie civile - qu'il revient d'apprécier le choix de la voie procédurale.

Un tel système appelle trois observations :

- traitant pareillement la personne qui a reconnu les faits et leur qualification et celle qui les conteste, il est peu favorable au respect de la présomption d'innocence ;
- ne prenant nullement en compte la position adoptée par l'accusé à l'égard des accusations dont il fait l'objet, il ne favorise pas une véritable participation de celui-ci au processus judiciaire, alors que cette participation, lorsqu'elle est possible, est la condition d'une justice plus efficace parce qu'elle est acceptée par celui-là même qui la subit ;
- enfin, n'accordant aucun effet procédural à la reconnaissance de culpabilité, il peut imposer des procédures de recherche des preuves dans des cas où les faits ne sont pas contestés, au détriment d'une affectation plus opportune des moyens dont dispose la justice.

Pour ces raisons, il a paru souhaitable à la commission que le choix effectué par l'accusé de « plaider coupable » ou « non coupable » soit pris en considération dans la procédure dont il fait l'objet.

1) L'utilisation de l'expression « plaider coupable » répond à un souci de simplicité. Précisément, il s'agit du cas où l'accusé reconnaît les faits qui lui sont reprochés et admet la qualification qui en est donnée.

Plusieurs options sont alors envisageables. Elles doivent toutefois être assorties de conditions qui évitent, quelle que soit l'option retenue, qu'une telle procédure soit susceptible de nuire tant à l'intérêt de la justice qu'aux droits de la défense.

L'intérêt de la justice exige qu'une telle procédure s'effectue sous le contrôle du *juge* qui, d'une part, veille à ce que la procédure ne dévie pas vers des formes de « marchandage » et à ce que l'aveu ne soit pas calculé pour soustraire un coupable aux recherches, et qui, d'autre part, prend les mesures nécessaires à la conservation des preuves au cas de rétractation.

Les droits de la défense impliquent que la reconnaissance formelle des faits intervienne en présence de l'avocat et ne présente pas un caractère irréversible : l'accusé doit conserver, tout au long de la procédure, la maîtrise de son système de défense et pouvoir, à tout moment et jusqu'au jugement, choisir de se rétracter.

## **Propositions de la Commission**

### **Simplification de la mise en état**

Le fait de « plaider coupable » entraîne un assouplissement de la procédure de mise en état. Sous réserve des contrôles exercés par le *juge*, les investigations sont alors limitées à l'enquête de personnalité, dans les cas où elle est obligatoire (affaires criminelles et délits punis de plus de 7 ans d'emprisonnement, voir fiche n° 16) et ceux où le *juge* l'estime nécessaire. Toutefois, le ministère public comme le *juge* devraient, en toute hypothèse, compte tenu du risque de rétractation, s'assurer du fait que les actes permettant l'établissement de preuves objectives et la conservation de celles-ci ont bien été accomplis.

Un tel assouplissement permettrait non seulement un allègement des procédures, mais aussi, dans toutes les affaires où l'établissement des faits ne pose pas réellement problème, un effort plus important dans la connaissance de la personnalité.

### **Institution d'un « classement judiciaire des poursuites »**

Pour un certain nombre d'infractions mineures déterminées par le législateur, lorsque le ministère public estime que la reconnaissance des faits et de leur qualification s'accompagne du reclassement du prévenu, que le trouble résultant de l'infraction a cessé et que le dommage est réparé ou susceptible de l'être à brève échéance, il peut requérir du *juge* l'arrêt des poursuites, soit immédiatement, soit après un ajournement, le temps nécessaire au désintéressement de la victime. Le *juge* vérifie que ces conditions sont remplies. Dans l'affirmative, il déclare l'action publique éteinte et donne force exécutoire à l'accord civil intervenu si son exécution doit se poursuivre.



### **Jugement immédiat par le juge**

On pourrait enfin concevoir que le *juge* puisse juger lui-même certaines affaires dans le cas où les faits et leur qualification ont été reconnus. Une telle procédure ne serait toutefois admissible que si elle était assortie de conditions restrictives fixées par la loi.

Elle ne devrait être applicable qu'à des infractions limitativement énumérées (l'article 398-1 du CPP autorise déjà le jugement par un juge unique de certains délits). Conformément aux principes déduits par la Cour européenne des droits de l'homme de l'article 6 de la Convention (voir rapport préliminaire), la procédure de jugement immédiat ne serait applicable que si le *juge* n'a pas statué antérieurement sur le placement en détention provisoire ou sous contrôle judiciaire.

## Fiche n° 3

### « Privilèges de juridiction » : dérogation exceptionnelle à la compétence de droit commun pour certaines personnes participant à l'exercice des fonctions judiciaires

Membres des grands corps de l'État, préfets, magistrats, élus municipaux et officiers de police judiciaire bénéficient en raison de la nature particulière de leurs fonctions, de ce qu'il est convenu d'appeler des « privilèges de juridiction », encore que l'expression soit peu pertinente et ne figure d'ailleurs pas dans le code de procédure pénale.

Le principe est que lorsque l'une de ces personnes est susceptible d'être inculpée d'un crime ou d'un délit, la juridiction normalement compétente doit être dessaisie, et c'est la chambre criminelle de la Cour de Cassation qui désigne la juridiction qui sera chargée de l'instruction et du jugement de l'affaire.

Cette procédure fait traditionnellement l'objet de critiques (cf. annexe n° 4).

En premier lieu, et surtout, les magistrats soulignent le manque de netteté du seuil de déclenchement de la procédure.

C'est en effet, lorsque la personne est « susceptible d'être inculpée » que le procureur de la République doit saisir la Cour de cassation ; la notion est imprécise, la jurisprudence ne l'a guère éclairée, et un risque grave de nullité pèse de ce fait sur la procédure (voir notamment Cass. Ass. plén. 31 mai 1990, Bull. n° 221).

En second lieu, le champ d'application de la procédure paraît trop vaste au regard de ses objectifs. Les « privilèges de juridiction » ont en effet pour objet d'éviter tout risque de pressions sur les juridictions locales, que celles-ci s'exercent en faveur des personnalités poursuivies ou à leur détriment.

S'il paraît bien évidemment délicat de faire juger un magistrat par les collègues de son tribunal, quelle que soit la nature de l'infraction, on voit mal en revanche pourquoi la procédure devrait automatiquement s'appliquer lorsqu'un magistrat fait l'objet de poursuites à l'occasion d'une infraction étrangère à ses fonctions et commise dans le ressort d'une autre juridiction que la sienne.

La Commission estime donc qu'une telle procédure, dérogatoire dans son principe et lourde dans ses modalités d'application, ne doit jouer que lorsqu'elle est véritablement utile à l'intérêt de la Justice et constitue une garantie nécessaire d'impartialité. Tel est l'objet de ses propositions.

Le schéma retenu par la Commission modifie les termes du problème. A la notion d'« inculpation » est en effet substituée celle de « notification de l'accusation » (voir fiche n° 6). Celle-ci doit intervenir dès que des indices graves et concordants de culpabilité pèsent sur la personne. Elle est effectuée par le ministère public, n'entraîne pas, par elle-même, la saisine d'une juridiction et n'a d'autre effet que de permettre à la personne soupçonnée de bénéficier de l'ensemble des droits reconnus à la défense.

On peut donc concevoir que ce soit cette notification qui entraîne de manière simultanée le déclenchement de la procédure conduisant à la saisine de la Cour de Cassation. La protection accordée aux personnes concernées n'en serait pas réduite pour autant, et le risque de nullité serait celui de droit commun, inhérent à toute notification tardive.

## **Propositions de la Commission**

### **Conditions quant aux personnes**

Peuvent seuls bénéficier d'une dérogation exceptionnelle à la compétence juridictionnelle de droit commun : les magistrats des différents ordres, les officiers de police judiciaire, les préfets et les maires dans leurs fonctions d'officiers de police judiciaire.

En dehors de ces cas, subsiste la possibilité d'un dessaisissement dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice ; il serait souhaitable que l'initiative de cette procédure soit ouverte aux parties.

Il ne peut y avoir de dérogation que lorsque l'infraction est en relation avec l'exercice de fonctions judiciaires ou lorsque, s'agissant de magistrats, elle a été commise dans le ressort où l'intéressé exerce ses fonctions.

## **Régime juridique**

Lorsque l'un des magistrats ou fonctionnaires bénéficiant d'une dérogation à la compétence de droit commun est mis en cause lors d'une enquête portant sur un crime ou un délit, le procureur de la République, en même temps qu'il notifie l'accusation, présente requête à la chambre criminelle de la Cour de Cassation.

La procédure est alors suspendue ; seuls peuvent être exécutés les actes urgents.

La chambre criminelle désigne le *judge* qui sera compétent lors de la mise en état de l'affaire et la juridiction qui sera chargée de son jugement. L'enquête est dirigée par le ministère public du ressort désigné.

# Le déroulement de la procédure

Fiche n° 4

## Direction, surveillance et contrôle de la police judiciaire

En vertu des dispositions du code de procédure pénale, la police judiciaire est exercée sous la direction du procureur de la République. Elle est placée dans chaque ressort de cour d'appel sous la surveillance du procureur général et sous le contrôle de la chambre d'accusation.

Affirmé dans son principe, ce contrôle, qui revêt un certain nombre de modalités concrètes, est souvent plus théorique que réel. Ainsi les articles 224 à 230 du CPP donnent-ils à la chambre d'accusation, saisie par le procureur général, par son président ou s'étant saisie d'office à l'occasion de l'examen d'une procédure, la faculté de faire procéder à une enquête sur l'activité d'un officier ou agent de police judiciaire. Elle peut, sans préjudice d'éventuelles sanctions disciplinaires, interdire à l'intéressé, temporairement ou définitivement, l'exercice de ses fonctions de police judiciaire dans le ressort de la cour d'appel ou même sur l'ensemble du territoire ; de fait, ces articles sont très rarement appliqués. On peut également relever que les procureurs de la République participent à la notation des officiers et agents de police judiciaire (art. D. 45 du CPP) ; encore leurs avis ne semblent-ils guère influencer sur la carrière des intéressés.

Le juge d'instruction, quant à lui, ne dispose d'aucune prérogative particulière, notamment en cas de non respect des articles R. 1 et R. 2 du CPP organisant d'une manière générale les relations des OPJ avec l'autorité judiciaire dont ils dépendent.

Le contrôle de l'autorité judiciaire doit en outre affronter la complexité de l'organisation de la police judiciaire en France. Celle-ci est, pour l'essentiel - car nombre de services exercent, pour certaines de leurs activités, des attributions de police judiciaire - divisée en services spécialisés et en services dits « mixtes ». Si les premiers - SRPJ et sections de recherche par exemple - n'ont qu'une activité de police judiciaire, ils sont administrativement rattachés, non au ministère de la

justice, mais à celui de l'intérieur ou de la défense. Quant aux seconds, ils exercent conjointement une activité de police administrative - polices urbaines, brigades de gendarmerie... - et des missions de police judiciaire d'office, sur réquisition du parquet ou sur commission rogatoire du juge d'instruction.

Un tel dédoublement fonctionnel rend peu aisée la tâche de contrôle de l'autorité judiciaire. Cette tâche est rendue encore plus difficile par l'absence d'unification des circonscriptions territoriales : ainsi, si les services de police urbaine sont placés, dans chaque département, sous l'autorité d'un directeur unique qui est l'auxiliaire du préfet, l'exercice de leurs activités de police judiciaire est dirigé par un procureur de la République dont le ressort, celui du TGI, peut être inférieur au département.

Loin de s'atténuer, ce décalage est encore renforcé par la tendance des autorités de police et de gendarmerie à accroître les limites territoriales de leurs services.

Difficiles en l'état, la direction et le contrôle par la justice des activités de police judiciaire devraient incontestablement, si le schéma proposé par la Commission était mis en oeuvre, devenir effectifs. Quelles sont alors les mesures propres à les faciliter ?

Une hypothèse parfois évoquée est celle du rattachement de l'ensemble des services de police judiciaire au ministère de la justice. Un tel séisme administratif n'est guère concevable. Plus aisément réalisable serait sans doute la création d'un corps d'inspection unique de la police judiciaire. Composé de magistrats, de fonctionnaires de la police nationale et de militaires de la gendarmerie, il siègerait à la Chancellerie et serait compétent pour contrôler l'ensemble des officiers et agents de police judiciaire, tant de la police que de la gendarmerie.

En second lieu, il peut difficilement y avoir contrôle efficace par le ministère public sans harmonisation des ressorts et des circonscriptions, de telle sorte qu'un même service de police ait un seul correspondant judiciaire.

Un décret en cours d'élaboration a pour objet de soumettre à l'accord conjoint des ministres de la justice, de l'intérieur et de la défense toute création de service de police judiciaire ou toute modification de ses compétences territoriales ou d'attribution.

Parallèlement, il serait souhaitable d'aménager la carte judiciaire et d'unifier les ressorts des TGI sur la base du département, au moins en matière pénale.

## **Propositions de la Commission**

### **Contrôle de la police judiciaire par l'autorité judiciaire**

Concurremment avec le procureur général et le président de la chambre d'accusation, le *juge* peut saisir la chambre d'accusation pour lui demander de faire procéder à une enquête sur l'activité d'un officier ou agent de police judiciaire, dans les conditions prévues par les articles 224 à 230 du CPP.

Les magistrats du ministère public participent, par les avis qu'ils donnent, aux décisions concernant l'avancement des officiers de police judiciaire.

### **Création d'un corps unique d'inspection des officiers et agents de police judiciaire**

Un corps unique d'inspection des officiers de police judiciaire, agents de police judiciaire et agents de police judiciaire adjoints est institué.

Ce corps est composé de magistrats, de fonctionnaires de la police nationale et de militaires de la gendarmerie. Il siège à la Chancellerie.

Les rapports d'inspection sont adressés à l'autorité qui est à l'origine de la saisine et dans tous les cas, à la chambre d'accusation du ressort dans lequel l'officier ou agent de police judiciaire exerce ses fonctions.

### **Harmonisation des circonscriptions de police judiciaire et des ressorts juridictionnels**

Les circonscriptions des divers services de police judiciaire sont harmonisées sur la base des ressorts des juridictions (cours d'appel ou TGI selon les cas).

Les ressorts des tribunaux de grande instance sont unifiés sur la base du département, à tout le moins en matière pénale.

## Fiche n° 5

### Procédure d'urgence

L'urgence occupe une place importante dans l'activité quotidienne des services de police et de gendarmerie : il faut se porter sur les lieux d'une infraction en train de se commettre ou venant d'être commise, en arrêter les auteurs présumés, secourir les victimes, empêcher la disparition ou l'altération des indices... Il importe donc que le renforcement, par la réforme proposée, de l'intervention du *juge* ne vienne pas entraver ou paralyser l'action de la police judiciaire dans des situations où aucun retard ne peut être toléré.

Or, curieusement, la notion *d'urgence* apparaît peu dans les dispositions actuelles du CPP. L'article 18 qui donne aux OPJ la possibilité d'étendre leur compétence territoriale est anachronique à une époque où les services de police sont organisés à une échelle nationale, régionale ou départementale. Les articles 84 - suppléance du juge d'instruction - et 115 - interrogatoire en cas d'urgence - sont d'une portée très limitée. La notion de *flagrance*, quant à elle, participe d'une logique différente : il s'agit plus de prendre en considération la force de l'évidence que la contrainte du temps.

Il était de ce fait nécessaire à la Commission de prévoir une procédure spécifique, applicable dans les cas où les délais requis pour l'intervention du *juge* risqueraient d'empêcher la réalisation d'un acte d'enquête qui ne supporte pas de retard.

Il importe toutefois de ne pas surestimer cette gêne éventuelle. L'institution de juges de permanence que nécessite évidemment la mise en oeuvre des réformes proposées, le recours à divers moyens de télécommunication et l'absence souhaitable de tout formalisme inutile dans les procédures d'autorisation font que le délai d'autorisation de la mesure demandée peut être particulièrement bref.

La notion d'urgence doit dès lors être prise dans son acception stricte : il n'y a urgence que lorsque l'autorité qui estime devoir accomplir une



mesure dispose d'un délai insuffisant pour recourir à la procédure de droit commun.

Le recours à la procédure d'urgence ne doit bien évidemment pas avoir pour effet d'empêcher le contrôle du *juge*. Il a pour seule conséquence de transposer ce contrôle d'amont en aval, et de substituer à une procédure d'autorisation un contrôle a posteriori.

Ce contrôle doit dès lors intervenir le plus rapidement possible, afin qu'une éventuelle annulation de la mesure prise dans l'urgence ne crée une situation irréparable ni ne contamine le reste de la procédure d'enquête. Il portera à la fois sur la justification au fond de la mesure et sur la légitimité du recours à l'urgence.

## **Propositions de la Commission**

### **Critères**

Il y a urgence :

- lorsqu'une victime est en danger ou lorsque des indices sont sur le point de disparaître et qu'une fouille à corps, une perquisition ou un placement sur écoutes, sans délai, est nécessaire ;
- lorsqu'un crime ou un délit est en train de se commettre, ou que l'auteur supposé d'une infraction risque de se soustraire aux services de police et qu'il est nécessaire de procéder à une arrestation immédiate.

### **Formes**

L'OPJ ayant procédé à une mesure au nom de l'urgence mentionne sur le procès-verbal les circonstances de fait qui ont motivé la mesure ainsi que les raisons pour lesquelles il était dans l'impossibilité absolue de demander l'autorisation du *juge*.

Le procès-verbal est ensuite remis au *juge* dans un délai maximal de douze heures. Ce dernier s'assure de la légalité des motifs invoqués et valide ou annule le procès-verbal (voir fiche n° 7). Son ordonnance est susceptible d'appel.

## Fiche n° 6

### Notification de l'accusation

Il n'existe pas de définition de l'inculpation en droit français. Or, l'inculpation marque le moment où, par décision d'un magistrat, une personne devient défendeur à la procédure : elle permet de prendre, à l'égard de cette personne, des mesures coercitives mais elle assure simultanément sa protection par l'exercice reconnu des droits de la défense.

Dans ces conditions, l'inculpation ne devrait pas faire échec au principe de la présomption d'innocence. Pourtant, il en va autrement dans la réalité puisque c'est sur décision d'un juge que l'on devient « inculqué », terme qui évoque irrésistiblement l'idée de culpabilité.

Il importe donc de dégager, dans la mesure du possible, l'inculpation de l'aspect de pré-jugement qu'elle revêt actuellement tout en conservant les garanties qui l'accompagnent. Aussi, la Commission propose-t-elle de confier au ministère public et non au *juge* la notification formelle des soupçons pesant sur la personne. Celle-ci a pour effet de modifier les caractères de l'enquête :

- avant la notification, se déroule une *enquête initiale* confiée au ministère public et aux services de police. La défense ne peut intervenir que lors d'un entretien en cours de garde à vue. Le *juge* autorise, s'il y a lieu, certains actes attentatoires aux libertés (prolongation de garde à vue, perquisitions, placement sur écoutes) ;
- après la notification, il y a soit une *enquête contradictoire*, soit saisine de la juridiction de jugement. Dans les deux cas, d'une part la défense exerce alors la plénitude de ses prérogatives afin que soit réalisé un équilibre entre les parties et, d'autre part, le *juge* se voit confier un contrôle plus important sur le déroulement de l'enquête, notamment quant à sa durée et son contenu. C'est alors seulement qu'il peut ordonner le placement en détention provisoire ou sous contrôle judiciaire.

## **Propositions de la Commission**

### **Moment et contenu de la notification**

La notification de l'accusation a pour effet de rendre l'enquête contradictoire, ce qui implique que cette notification intervienne dès qu'apparaissent à la charge d'une personne des indices graves et concordants. La notification tardive est sanctionnée par la nullité (nullité d'ordre public, voir fiche n° 7).

La notification est faite par le ministère public dans une langue que comprend l'accusé. Elle doit indiquer avec précision les faits retenus contre l'accusé et leur qualification, ainsi que ses droits (assistance d'un avocat et communication du dossier) et obligations (faire connaître ses changements d'adresse et de défenseur), la possibilité qu'il a de « plaider coupable » et les conséquences de son choix (voir fiche n° 2).

### **Conditions de la notification**

Trois cas peuvent se présenter.

*. Si l'enquête initiale porte sur un délit punissable de moins de 7 années d'emprisonnement, et si le ministère public estime que l'affaire est en état d'être jugée contradictoirement (l'intéressé est présent ou peut-être joint à son domicile ou par OPJ), la notification est faite :*

- soit par le ministère public à la personne qui lui est présentée, dans l'hypothèse où une mesure de détention provisoire ou de contrôle judiciaire va être sollicitée ; le *juge* est alors saisi à cette fin aussitôt après la notification ; il peut, soit ordonner le renvoi immédiat devant le tribunal, soit, d'office ou à la demande de l'accusé, ordonner une enquête contradictoire ;

- soit par citation directe ou convocation par procès-verbal. La notification indique la date à laquelle l'affaire sera jugée si l'accusé ne sollicite pas une enquête contradictoire. L'accusé dispose d'un délai de 15 jours pour formuler une demande en ce sens. En cas de refus du ministère public, le *juge* statue sur la demande. S'il la rejette l'affaire vient en jugement à la date fixée par la notification.

*. Si le ministère public estime que l'affaire n'est pas en état d'être jugée ou s'il s'agit d'un crime ou d'un délit punissable d'une peine égale ou supérieure à 7 années d'emprisonnement, trois situations sont à distinguer :*

- soit *l'auteur de l'infraction est identifié et peut être joint*, la notification lui est alors faite en personne par le ministère public et l'enquête contradictoire se déroule dans les conditions définies en première partie du rapport ;

- soit *l'auteur de l'infraction est identifié mais ne peut être joint*, qu'il soit en fuite ou ne réponde pas aux convocations ; le ministère public

dresse un procès-verbal d'accusation au vu duquel il peut soit délivrer personnellement un ordre de recherche soit solliciter du *juge* la délivrance d'un mandat. La notification sera faite à la personne lors de son interpellation, cet acte devant nécessairement précéder la comparution devant la juridiction de jugement ; ce qui doit conduire à la *suppression de la procédure par défaut*. A la clôture de la mise en état, le *juge* rend dans ce cas une ordonnance constatant l'existence de charges ce qui fait courir le délai de prescription de l'action publique, aligné sur celui de la prescription de la peine comme en matière d'opposition (20 ans en matière criminelle, 5 ans en matière correctionnelle et 2 ans en matière contraventionnelle). Il peut en outre délivrer un mandat d'arrêt et allouer à la partie civile une provision.

- soit *l'auteur est inconnu*, et seules sont poursuivies les investigations en vue de son identification.

▪ *Si la victime a porté plainte avec constitution de partie civile contre une personne dénommée*, deux situations peuvent se présenter :

- soit le ministère public s'associe aux poursuites et la notification intervient alors selon les distinctions étudiées ci-dessus ;

- soit le ministère public estime la plainte insuffisamment motivée mais juge nécessaire l'audition de la personne mise en cause : il ne notifie pas alors une accusation mais *informe l'intéressé de la plainte* dont il est l'objet, ce qui lui confère les droits de la défense.

## Nullités

Le caractère peu satisfaisant du régime actuel des nullités a été abondamment souligné lors de la consultation effectuée par la Commission. Ignorant pour l'essentiel le principe du contradictoire, il est en outre particulièrement lourd et complexe.

Lorsqu'il apparaît qu'un acte de l'information est frappé de nullité, c'est au procureur de la République et au juge d'instruction qu'est réservé le droit de saisir la chambre d'accusation. Les parties privées - partie poursuivie et partie civile - ne peuvent que demander au juge d'instruction de le faire pour elles. Elles sont dépourvues de recours si celui-ci s'y refuse.

Le régime des nullités fait d'autre part l'objet de distinctions multiples. Apportées tant par la loi que par la jurisprudence, parfois peu précises dans leur contenu, les catégories se chevauchent, rendant le système aléatoire et obscur.

Le Code prévoit que la violation de certaines dispositions - perquisitions, interrogatoires... - entraîne nécessairement la nullité de la procédure : ce sont les nullités dites « textuelles ». A l'opposé, la violation d'autres dispositions ne sera sanctionnée qu'en fonction de l'appréciation du juge : ce sont les nullités « substantielles ». A cette première distinction, horizontale, s'ajoute un clivage vertical. L'article 802 du CPP dispose qu'en cas d'irrégularité constitutive d'une nullité textuelle ou substantielle, l'annulation ne peut être prononcée qu'à la condition que l'irrégularité commise ait porté atteinte aux intérêts de la partie concernée. Toutefois, la jurisprudence réserve un ensemble de nullités d'ordre public pour lesquelles l'annulation doit être prononcée qu'il y ait ou non préjudice. Enfin, les parties peuvent renoncer à se prévaloir des nullités édictées dans leur seul intérêt si celles-ci ne sont pas d'ordre public.

La Commission poursuit plusieurs objectifs :

- rétablir l'équilibre des parties ;
- maîtriser la dérive trop aisément formaliste du système des nullités ;

- en clarifier le régime ;
- en permettre un examen rapide.

Dans le schéma proposé, c'est le *juge* et la chambre d'accusation qui peuvent statuer sur les nullités invoquées. Dès lors, parties privées comme ministère public ont la faculté d'invoquer directement devant lui les nullités commises et le contentieux des nullités revêt, comme les autres contentieux relatifs à la mise en état, un caractère contradictoire.

L'ordonnance de clôture délivrée par le *juge* a pour effet de purger les nullités de l'enquête, qu'il s'agisse des nullités invoquées par les parties ou de nullités d'ordre public. D'éventuelles stratégies dilatoires peuvent ainsi être tenues en échec, et l'audience de jugement, débarrassée d'un contentieux formaliste, doit pouvoir assurer pleinement son caractère de débat sur le fond.

Enfin, la révision de la classification des nullités doit permettre d'en clarifier le régime, de substituer à une conception uniquement formaliste une approche de nature plus déontologique et de garantir rigoureusement le respect des règles assurant la protection des libertés individuelles.

Dans cette perspective, la Commission propose la distinction de deux types de nullités.

D'une part, des nullités textuelles sanctionnent l'irrespect des dispositions régissant les mesures de caractère coercitif - garde à vue, perquisitions, écoutes -, les délais d'enquête et les procédures d'urgence (voir fiches n° 5 et 8).

D'autre part, l'insertion dans le code de principes fondamentaux pour la mise en état des affaires pénales permet de donner un caractère substantiel à toute disposition découlant directement de l'un de ces principes.

De fait, nullités textuelles ou nullités substantielles doivent tendre, dans cette perspective, à constituer, non le prétexte à des affrontements procéduriers, mais les éléments d'un code déontologique à l'usage des enquêteurs comme des parties.

## **Propositions de la Commission**

### **Nullités relatives aux actes de l'enquête**

En cas de citation directe, les nullités relatives aux actes de l'enquête peuvent être invoquées devant la juridiction du jugement.

Dans les autres cas, le ministère public et les parties saisissent le *juge* des actes de l'enquête qu'ils estiment frappés de nullité. Les nullités peuvent être soulevées à tout moment de la mise en état.

Lorsqu'il est saisi d'une nullité ou en constate lui-même l'existence, le *juge* convoque les parties à une audience où il est statué sur ladite nullité, celles-ci pouvant renoncer à s'en prévaloir. Il se prononce par ordonnance susceptible d'appel.

Lors de la clôture de la mise en état, le *juge* statue sur les nullités relevées d'office ou invoquées par les parties, qui n'ont pas fait l'objet d'un examen antérieur ou, éventuellement, constate qu'aucune nullité n'a été relevée ni invoquée.

Les dispositions de l'ordonnance de clôture par lesquelles le *juge* statue sur les nullités sont susceptibles d'appel. Les nullités relatives à l'enquête ne peuvent plus alors être invoquées devant la juridiction de jugement.

### **Nullités relatives aux décisions du juge**

La nullité des décisions du *juge* peut être invoquée devant la chambre d'accusation, saisie directement ou par la voie de l'appel.

### **Nullités textuelles et nullités substantielles**

Les dispositions concernant la compétence et la composition des juridictions, celles relatives au placement en garde à vue, aux perquisitions et saisies, au placement sur écoutes téléphoniques aux investigations impliquant une atteinte à l'intégrité physique ainsi que les règles relatives à la notification de l'accusation, aux délais légaux d'enquête et à la mise en oeuvre des procédures d'urgence doivent être observées à peine de nullité tant de l'acte lui-même que de la procédure ultérieure dans la mesure où elle est relative à la personne intéressée. Les actes sans relation directe ou indirecte avec l'acte annulé peuvent exceptionnellement être validés par disposition expresse et spécialement motivée.

Ces dispositions sont *d'ordre public*, et leur violation doit être soulevée d'office par le *juge*.

Les dispositions trouvant leur fondement dans l'un ou plusieurs des principes figurant en tête du code de procédure pénale présentent un *caractère substantiel*. Leur violation entraîne la nullité de l'acte sans que la partie qui l'invoque ait à apporter la preuve d'un préjudice.

## Fiche n° 8

### Organisation du temps : délais légaux et calendrier prévisionnel

Le code actuel ne prévoit aucun délai, autre que ceux qui résultent des textes sur la détention provisoire, quant à la durée des procédures de mise en état des affaires pénales.

C'est ainsi que la lenteur des procédures et l'incertitude sur leur durée font partie des reproches traditionnels adressés à la justice et nuisent tant à son image qu'à son efficacité sociale.

Outre le fait qu'elles sont en contradiction avec le principe de célérité, lenteur et incertitude ont des effets pratiques extrêmement néfastes. Les victimes ont le sentiment que les retards profitent aux délinquants et qu'elles sont dépossédées de « leur » affaire. Les délinquants quant à eux, « oubliant » les faits qui ont motivé la peine, perçoivent la sanction tardive comme le résultat arbitraire d'un labyrinthe procédural. Ils peuvent aussi en faire le support d'une demande d'indemnisation devant la Cour de Strasbourg pour dépassement du délai raisonnable. Seule la perception d'un lien direct et étroit entre l'infraction et la sanction peut assurer à l'acte de justice sa valeur exemplaire et sa pleine efficacité sociale.

Tout progrès dans ce sens doit passer par deux voies.

Il faut, d'une part, s'assurer que le temps séparant l'infraction du jugement ne dépasse pas le « *délai raisonnable* » prévu par les dispositions de la CESDH. La seule solution à cet égard est que la procédure de mise en état soit insérée dans des délais légaux.

Ceux-ci ne sauraient toutefois constituer un corset trop rigide : en matière pénale, chaque cas présente des difficultés spécifiques et des délais-couperets exposeraient au risque de manoeuvres dilatoires. Il faut donc permettre au *juge*, garant de la légalité de l'enquête, d'apprécier s'il y a lieu d'ordonner *la prolongation des délais* en fonction des circonstances propres à l'affaire, du comportement adopté par la partie



poursuivie et de la manière dont les autorités chargées de l'enquête ont mené jusque là les investigations.

Raccourcir les délais dans l'absolu reste toutefois insuffisant si les parties conservent le sentiment de devoir affronter une « machine judiciaire » opaque et imprévisible. Il convient donc, d'autre part, de les associer à l'organisation dans le temps de la procédure, en les mettant à même, tant de comprendre les raisons des délais qu'elles ont à supporter que d'estimer le temps à l'issue duquel justice devrait être rendue. Cet effort d'organisation dans le temps devrait en outre inciter les autorités chargées de l'enquête à réfléchir sur les moyens susceptibles d'assurer la célérité de la procédure et à faire la part entre les nécessités inhérentes à l'enquête, les effets des contraintes matérielles et ceux des lourdeurs administratives. Il favoriserait en outre la disponibilité des avocats (voir rapport précité du Conseil d'État sur l'aide juridique). Telle est la fonction du « *calendrier prévisionnel* » que le ministère public présenterait aux parties, partie poursuivie comme partie civile.

## **Propositions de la Commission**

### **Institution de délais légaux**

Une durée légale de l'enquête, identique pour l'ensemble des procédures, est fixée à 6 mois au plus, à compter du premier acte de l'enquête.

Sur demande du ministère public, quand celui-ci n'a pas mis fin à son enquête par un classement ou une saisine de la juridiction de jugement, le *juge* peut décider par ordonnance motivée et dans les conditions prévues par la loi, la prolongation du délai légal. Après avoir entendu les observations des parties, le *juge* détermine la durée de la prolongation au vu des diligences menées par le ministère public et en fonction des besoins réels de l'enquête. Cette durée peut être inférieure au délai prévu par la loi.

A l'expiration du délai de prolongation, une nouvelle prolongation peut être demandée et accordée, selon la même procédure.

Le non-respect du délai légal ou du délai de prolongation fixé par le *juge* entraîne la nullité de l'enquête.

La date de l'audience de jugement d'un accusé libre doit être fixée dans les deux mois suivant la clôture de la mise en état. L'accusé détenu doit comparaître devant la juridiction de jugement dans ce délai.

Si aucune citation n'a été délivrée par le ministère public à l'expiration de ce délai, le *juge* peut fixer lui-même la date de l'audience.

### **Instauration d'un calendrier prévisionnel de la procédure**

Après notification de l'accusation, le ministère public indique à la partie poursuivie un calendrier précisant la durée prévisible des actes d'enquête, le cas échéant, de la détention provisoire, et, si possible, la date du prochain interrogatoire. La partie civile est également informée de la durée prévisible de la mise en état.

## Audience de jugement

Les principes dégagés par la Commission (présomption d'innocence, respect des droits de la défense, équilibre entre les parties, célérité, notamment) et les règles qu'elle propose pour la phase de la mise en état doivent trouver un prolongement à l'audience. A ce stade, en effet, la procédure actuelle présente, pour les membres de la Commission, un certain nombre d'insuffisances :

- lorsqu'une information a été ouverte, c'est à un juge (le juge d'instruction), ou à une juridiction collégiale (la chambre d'accusation), qu'est confié le soin de rappeler le résumé des charges dans l'acte saisissant la juridiction de jugement ; une telle solution confère nécessairement à cet acte un certain caractère de pré-jugement ;
- le président est actuellement chargé de conduire l'interrogatoire de l'accusé et pourtant il ne doit pas manifester son opinion sur la culpabilité (art. 328 du CPP) ; ce double impératif constitue parfois une gageure et rend en tout cas difficile le rôle d'arbitre impartial qui doit être celui du juge ;
- la procédure de jugement est théoriquement accusatoire, ce qui devrait impliquer une égalité absolue entre les parties, pourtant il est clair que le ministère public occupe une position privilégiée, que reflète d'ailleurs l'architecture des salles d'audience, le plaçant généralement sur l'estrade comme les juges, alors que la défense reste sur le parquet, où devrait pourtant se tenir aussi - à la différence des juges du siège
- les magistrats dits « du parquet » ;
- l'audience de jugement obéit à une procédure unique, la seule distinction reposant sur la nature de l'infraction (crime, délit ou contravention) ; or, le déroulement de l'audience devrait varier aussi selon que l'accusé « plaide ou non coupable ».

S'il paraît inutile de consacrer une grande partie de l'audience à un débat contradictoire portant sur les faits et leur qualification lorsque ceux-ci sont reconnus par l'accusé, il en est autrement lorsque celui-ci les conteste. Il semble donc opportun de distinguer la double finalité de l'audience : statuer sur la culpabilité d'une part, fixer la peine d'autre

part. La décision sur la culpabilité doit reposer sur l'établissement de faits objectifs ; au contraire, la détermination de la peine fait appel à des critères multiples, parmi lesquels les critères tenant à la personnalité du coupable, à son passé, à ses chances éventuelles de réinsertion etc. Ces deux décisions devraient logiquement intervenir à l'issue de deux démarches spécifiques et leur confusion n'est guère satisfaisante.

Ces considérations conduisent la Commission à formuler plusieurs propositions visant d'une part à renforcer l'équilibre entre les parties et le caractère contradictoire de la procédure, d'autre part à dégager les conséquences résultant d'une distinction de deux procédures selon que l'accusé « plaide ou non coupable » (voir fiche n° 2).

*Le renforcement de l'équilibre entre les parties et du caractère contradictoire de l'audience* implique, afin d'éviter tout pré-jugement, que l'acte contenant le résumé des charges soit établi non par le *juge* mais par le ministère public, qui devrait rappeler les chefs d'accusation à l'ouverture des débats. Les différentes parties doivent pouvoir interroger directement l'accusé et les témoins, sans passer par l'intermédiaire obligé du président, celui-ci conservant néanmoins la direction des débats et la police de l'audience. L'instruction à l'audience, notamment sur les faits, lorsque la culpabilité est contestée (voir ci-dessous), devrait être plus approfondie. Les dispositions du CPP organisant la procédure de défaut étant supprimées, le tribunal correctionnel devrait notamment se voir accorder le droit de délivrer mandat d'amener ou d'arrêt à l'encontre d'un accusé défaillant, dans le cas où un tel mandat n'aurait pas été décerné par le *juge* à la clôture de la mise en état (voir fiche n° 6 et 20). Enfin, il importerait de rendre plus efficaces les mesures coercitives dont dispose le tribunal à l'égard des témoins qui se soustraient à leur obligation.

*L'organisation de deux procédures distinctes*, selon que les faits et leur qualification sont ou non contestés, doit entraîner un certain nombre de conséquences à l'audience de jugement.

Le choix de l'accusé de « plaider coupable » conduirait évidemment à alléger les débats sur les faits, le ministère public en tirant les conclusions quant aux témoins à faire citer.

Sans aller jusqu'à retenir une conception extrême de la césure du procès pénal qui, impliquant l'absence de communication du dossier à la juridiction de jugement avant l'audience, remettrait en cause le caractère traditionnellement écrit de notre procédure, la Commission estime en revanche souhaitable de distinguer nettement audience sur la culpabilité et audience sur la peine afin d'éviter les interférences susceptibles de se produire entre les deux démarches évoquées ci-dessus<sup>1</sup>.

1) Le texte du nouveau code pénal récemment adopté par le Parlement sur la motivation obligatoire des peines d'emprisonnement (art. 132-18) devrait d'ailleurs inciter à une réflexion spécifique sur les motifs du choix de la peine.

Une telle distinction n'entraîne pas nécessairement la disjonction dans le temps des deux audiences: elles peuvent se suivre immédiatement. Cependant, l'audience sur la peine peut ne se tenir qu'après un ajournement. Une telle souplesse permet notamment de statuer rapidement sur la culpabilité d'un accusé lorsqu'il « plaide coupable » ou lorsque les faits sont établis. Des mesures provisoires peuvent alors être ordonnées. En particulier, la mise en détention (que l'on peut alors qualifier de « préventive » par opposition à la détention provisoire ordonnée avant la décision sur la culpabilité) peut alors sans inconvénient s'apparenter à une sanction immédiate dont le caractère de « punition » est mieux perçu par le délinquant; elle est le moyen d'apaiser rapidement le trouble causé par l'infraction. Les mesures d'aménagements prévues par la législation sur l'exécution des peines peuvent alors s'appliquer à la détention préventive.

## **Propositions de la Commission**

### **L'équilibre entre les parties et le caractère contradictoire de la procédure**

Après un simple interrogatoire d'identité par le président, le ministère public expose les faits et les charges et précise la qualification retenue.

L'accusé indique s'il conteste les faits et leur qualification ou non (voir ci-dessous).

La défense et, le cas échéant, la partie civile font part de leurs observations.

Le ministère public, la partie civile et la défense posent directement à l'accusé les questions qu'ils estiment utiles, sous le contrôle du président qui rejette tout ce qui tendrait à compromettre la dignité des débats ou à les prolonger inutilement.

Le président pose éventuellement ensuite, lui-même, les questions qu'il juge nécessaires.

Les témoins sont interrogés dans les mêmes conditions.

L'accusé est invité à s'expliquer personnellement s'il croit devoir apporter de nouvelles précisions.

La partie civile présente ses conclusions.

Le ministère public est entendu en son réquisitoire et la défense en sa plaidoirie, l'accusé ayant la parole en dernier.

Il serait en outre souhaitable, comme mesure d'accompagnement, que l'architecture des salles d'audience rappelle symboliquement cette conception de l'audience en plaçant sur le même plan le ministère public et la défense.

### **Les conséquences du choix de l'accusé de plaider « coupable » ou « non coupable »**

Le choix de l'accusé de plaider « coupable » ou « non coupable » est renouvelé au début de l'audience.

La juridiction de jugement peut toujours refuser ce choix et décider l'ouverture d'une enquête approfondie portant sur les faits ou imposer une instruction approfondie à l'audience, le cas échéant en ordonnant la comparution des témoins.

En cas d'ajournement du prononcé de la peine, la juridiction de jugement peut prendre des mesures provisoires : elle peut notamment ordonner la détention préventive de l'inculpé déclaré coupable, en motivant sa décision par référence à la nécessité de préserver l'ordre public du trouble causé par l'infraction, de mettre fin à l'infraction ou de prévenir son renouvellement.

La juridiction peut également ordonner un aménagement du régime de la détention : permission de sortir, semi-liberté...

Si l'accusé « plaide non coupable », le premier réquisitoire du ministère public ne porte que sur la culpabilité. Le ministère public prend ensuite - immédiatement après la décision sur la culpabilité ou, le cas échéant, après ajournement - ses réquisitions sur la peine.

## Justice pénale et médias

### **Publicité ou secret de la mise en état ?**

Le code de procédure pénale affirme le principe du secret de l'enquête ou de l'instruction (art. 11):

On sait que ce principe fait l'objet de violations constantes, qui ne sont qu'exceptionnellement sanctionnées. Il en résulte un débat récurrent entre partisans d'une réglementation draconienne et défenseurs de la thèse selon laquelle des dispositions dont il n'est plus possible d'imposer le respect doivent être abrogées. On retrouve dans la consultation réalisée par la Commission les lignes de force de ce débat (voir infra annexe n° 4), les partisans d'un secret renforcé semblant toutefois majoritaires parmi les magistrats.

La réflexion sur le dilemme secret-publicité doit prendre en considération la diversité des intérêts en jeu, intérêts multiples et souvent contradictoires.

Le principe du secret de l'instruction se justifie par la nécessité d'assurer la protection d'intérêts privés, d'une part, de l'intérêt général, d'autre part.

Il faut, en premier lieu, garantir le respect de la présomption d'innocence en évitant que les actes dont la personne poursuivie est accusée ne soient livrés au public. Dans cette perspective, le secret n'est protecteur que s'il est absolu. Dès lors que certaines informations ont filtré, mieux vaudra souvent pour l'accusé ou son conseil s'exprimer publiquement que laisser cours aux hypothèses échafaudées à partir des quelques renseignements recueillis.

Le secret se justifie d'autre part par un souci d'intérêt général, qui comporte lui-même diverses facettes.

Il sert sans doute à préserver l'efficacité de l'enquête. On sait bien toutefois que, selon la nature des affaires, où même les stades de l'enquête, la publicité, tout au moins partielle, peut se transformer de

handicap en atout. Il en va de même, s'agissant des exigences d'ordre public, lorsque le retentissement connu par certaines affaires rend l'information du public nécessaire à la protection de l'harmonie sociale. Enfin, si l'exercice de la justice exige la sérénité dans la quête de la vérité, il n'en reste pas moins vrai que la publicité médiatique est parfois un utile contrepois aux pressions de la raison d'État.

De cet ensemble contradictoire, il résulte que des solutions radicales ne paraissent guère envisageables. On imagine mal qu'une enquête puisse se dérouler efficacement alors qu'un libre accès serait donné au dossier. Réciproquement, l'hypothèse d'un secret absolu est peu réaliste. Difficile à imposer en pratique, un secret rigide risquerait paradoxalement, de stimuler la quête de l'information rare, et donc précieuse. Il favoriserait en outre les hypothèses peu fondées et la déformation des faits.

Enfin, toute réflexion sur cette question ne saurait faire l'économie d'une considération supplémentaire. Le développement constant de la liberté de communiquer et d'informer est l'un des traits marquants de l'histoire des sociétés occidentales depuis deux siècles. Tout effort pour dresser sur son chemin un barrage rigide paraît, quelle que pût être la légitimité de ses motifs, voué à l'échec. Celui-ci est d'autant plus probable que la matière en cause est susceptible d'exciter l'intérêt du public. Tel est bien le cas des affaires pénales : au goût traditionnel du fait divers et du crime, il faut désormais ajouter l'attente de transparence, et la suspicion éprouvée à l'égard de toute institution fermée sur elle-même ; il s'agit là d'une tendance de fond à laquelle l'institution judiciaire ne saurait échapper.

Cela posé, la Commission a mené sa réflexion dans deux directions.

D'une part, les conditions de réparation du préjudice causé à une partie privée par la divulgation des éléments d'une procédure doivent être améliorées. On peut ainsi concevoir l'institution d'une action en référé devant le juge civil. Celle-ci obéirait à des règles semblables à celles prévues à l'article 9 du code civil en matière de protection de la vie privée. Elle permettrait à la personne mise en cause d'obtenir rapidement la suppression ou la rectification des informations portant atteinte à la présomption d'innocence.

D'autre part, il importe de distinguer les deux aspects que comporte la notion de « secret ».

L'article 11 du CPP recèle en fait deux exigences qui, tout en étant liées, ne sauraient être confondues. D'une part, il impose le secret aux acteurs de la procédure ; d'autre part, et plus largement, il soumet celle-ci à une obligation de confidentialité (« la procédure... est secrète »).

La première exigence est d'une nature essentiellement déontologique, et l'article 11 se borne d'ailleurs à renvoyer aux dispositions du code pénal relatives au secret professionnel. Mieux assurer son respect passe donc



par un effort pour accroître chez les différents acteurs de la procédure pénale - magistrats, policiers et avocats - la conscience de leurs obligations et sanctionner plus efficacement les entorses aux principes déontologiques.

Si l'on peut être strict lorsqu'il s'agit d'imposer le respect d'un code déontologique, il en va différemment lorsqu'on pose un objectif général de confidentialité. Plutôt que de mener une lutte vaine pour un impossible secret ou de s'efforcer d'instituer des protocoles d'information de la presse qui, s'ils sont trop restrictifs, seront nécessairement contournés, et qui, trop lâches, risquent d'entraîner les acteurs de la procédure dans de dangereuses polémiques publiques, n'est-il pas préférable de progresser sur la voie d'une publicité tempérée des actes mêmes de la procédure ?

Telle est d'ailleurs la voie ouverte par la loi du 6 juillet 1989 qui prévoit la publicité des débats devant la chambre d'accusation statuant en matière de détention provisoire, en assortissant toutefois cette possibilité de conditions de nature à protéger tant l'intérêt des parties que celui de l'enquête. Ainsi la publicité doit-elle être demandée par la défense, et peut-elle être refusée si elle est de nature à nuire au bon déroulement de l'information, aux intérêts d'un tiers, à l'ordre public ou aux bonnes moeurs. Dès lors que sont nettement séparées dans les propositions de la Commission, les fonctions d'investigations et les fonctions juridictionnelles, il devient possible d'aller plus loin que la loi de 1989 en considérant que le secret doit être absolu en ce qui concerne les investigations sur les faits et sur la personnalité mais qu'en revanche, les audiences qui se déroulent devant le juge et comportent un débat contradictoire entre les parties peuvent être publiques, dans les conditions et sous réserve des limites indiquées ci-dessus.

### **Nouvelles formes de l'intervention médiatique en cours d'enquête**

Il serait erroné de voir dans les médias l'ennemi naturel de l'institution judiciaire. Presse et moyens audiovisuels peuvent jouer un rôle essentiel en faisant mieux connaître une institution dont les citoyens, dans leur grande majorité ignorent les structures tout comme le fonctionnement. Plus profondément, la « médiatisation de la Justice » n'a rien d'illégitime en soi dans la mesure où la Justice est toujours celle d'une société et où l'autorité judiciaire ne saurait apparaître comme un monde clos, coupé de la réalité sociale.

Toutefois, la nature des relations qu'entretiennent Justice et médias semble sur le point de connaître des transformations profondes, appelant une réflexion urgente.

Le traitement des affaires judiciaires par les médias empruntait sommairement

rement deux formes : informations données sur des affaires en cours de jugement ou d'instruction ; reconstitution, lors d'émissions spécialisées, d'affaires déjà jugées revêtant un intérêt historique, avec, dans certains cas des simulacres de «rejugement». D'un côté, on informait, de l'autre, on «rejouait». Or, il semble bien que les contours de cette distinction soient désormais brouillés.

A la date du présent rapport, deux nouveaux types d'émissions, largement inspirées d'exemple étrangers, sont en préparation.

Un premier type est celui de l'« appel à témoins ». Inciter les spectateurs à aider l'action des services de police en leur fournissant des informations susceptibles de faire progresser des enquêtes en cours n'a rien de choquant en soi. Mais, de telles émissions présentent des risques de déviation difficilement évitables. Le souci d'aider une famille dont l'un des membres a disparu ne doit pas conduire à porter atteinte au droit à la vie privée. Surtout, nombre d'exemples étrangers montrent que l'on glisse aisément - sinon inéluctablement - de l'appel à témoins à l'« appel à dénoncer ».

C'est toutefois le second type de projet qui a paru à la Commission susceptible d'affecter le plus gravement le fonctionnement de l'institution judiciaire. Il s'agit alors de doubler une procédure pénale en cours d'une « procédure médiatique » mimant la première. L'émission peut être organisée en deux temps : dans un premier temps, les éléments de la procédure en cours sont reconstitués, les parties invitées à s'exprimer ; dans un second temps, grâce aux possibilités offertes par les liaisons « Minitel », les téléspectateurs sont incités à exprimer leur opinion sur l'affaire qui leur a été présentée.

Il importe de ne pas sous-estimer les effets qui peuvent résulter de la force d'entraînement de tels mécanismes.

Le souci des réalisateurs de produire des émissions de qualité et de se mettre à l'abri d'éventuelles poursuites les incitera à s'entourer de garanties - invitation de l'ensemble des parties, vérification soigneuse des faits... - qui ne feront, paradoxalement, que renforcer le caractère de « simili-procès » de ces productions. Mais, parallèlement, le souci du taux d'écoute les contraindra à rechercher efficacité et spectaculaire, par le choix des sujets, les techniques de montage, l'impact des témoignages... Il s'agira donc d'émissions qui, tout en étant, dans leur esprit et leur technique, fondamentalement différentes d'un « procès » en reproduiront de manière frappante les signes extérieurs et ce particulièrement si elles sont programmées à intervalles rapprochés et réguliers. Enfin, l'impact de l'image et du montage joint à la force du « verdict populaire », si on allait jusqu'à l'appel à juger, serait à l'origine d'une pression grave sur l'instance de jugement, en particulier, bien sûr, s'il s'agissait d'une cour d'assises avec un jury populaire. On peut, à cet égard s'interroger sur les conséquences d'une éventuelle discordance entre le « verdict » des téléspectateurs et celui du tribunal.

Il semble donc bien que le triptyque instable qui unit, dans l'acte de justice, liberté d'expression, protection des justiciables et impartialité du juge risque d'être dangereusement ébranlé. Or, face à de telles évolutions, l'autorité judiciaire se trouve à peu près démunie. La loi de 1881 sur la presse et les dispositions des articles 222, 223, 226 et 227 du code pénal ne sauraient constituer un filet de sécurité satisfaisant.

Sans doute, parmi les limites imposées à la liberté de communiquer par la loi du 30 septembre 1986 modifiée, dont le Conseil supérieur de l'audiovisuel a pour mission d'assurer le respect, figure la notion de sauvegarde de l'ordre public. Toutefois, si un tel critère peut permettre au Conseil Supérieur de l'Audiovisuel d'intervenir en cas de débordement extrême, il saurait difficilement fonder une véritable régulation du contenu des programmes.

Peut-on alors concevoir une réponse qui ne se limite pas à interdire ? Dans un rapport remis au Garde des Sceaux en 1984, la Commission présidée par M. André Braunschweig proposait d'autoriser, au moins pendant une période probatoire, l'enregistrement et la diffusion des procès par la télévision. Les arguments avancés à l'appui de cette proposition - valeur pédagogique et exemplaire d'une telle retransmission, caractère inéluctable, à plus ou moins long terme, d'une entrée des caméras dans le prétoire - conservent toute leur force et, sans formuler de nouvelles propositions, la Commission souhaiterait que ce rapport soit pris en considération.

Cela étant, il serait illusoire d'espérer que la possibilité de retransmettre les audiences dissuade les promoteurs des émissions projetées.

La légalisation de la retransmission des audiences ne constitue donc pas une réponse suffisante. Elle pourrait, en revanche, servir de contrepoids à d'éventuelles mesures prohibitives. Proscrire une utilisation des poursuites pénales au service de modernes jeux du cirque, tout en ouvrant davantage le prétoire aux moyens modernes d'information ne pourrait en fin de compte que servir tant la Justice qu'une liberté de communiquer sagement comprise.

## **Propositions de la Commission**

### **Publicité ou secret de la mise en état ?**

Les investigations menées par la police et par le ministère public sont secrètes.

Les audiences relatives à la reconnaissance ou à la contestation des faits par l'accusé, celles où il est statué sur le placement en détention provisoire ou sous contrôle judiciaire, et sur la prolongation du délai d'enquête sont publiques, sauf si la publicité est de nature à nuire au

bon déroulement de l'enquête, aux intérêts d'un tiers, à l'ordre public ou aux bonnes moeurs.

Toutefois, si l'une des parties en fait la demande, les débats se déroulent en chambre du conseil.

Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prononcer toutes mesures (telles que séquestres, saisie,...) propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à la présomption d'innocence des personnes mises en cause dans une affaire pénale ; ces mesures peuvent être ordonnées en référé.

### **Nouvelles formes d'intervention médiatique**

· « Appel à témoins »

Lorsqu'une enquête est en cours, l'appel à témoigner est interdit, sauf s'il a été autorisé par le *juge* au regard des nécessités de l'enquête.

En pareil cas, l'appel à témoigner est effectué sous le contrôle du *juge*, auquel doit être soumis le descriptif de l'émission projetée.

Les personnes désireuses de fournir des renseignements doivent les adresser directement et exclusivement aux autorités de police judiciaire ou de justice.

Toute forme de rémunération, directe ou indirecte, par les médias, des informations recueillies est interdite.

· « Appel à juger »

Il est interdit de susciter, directement ou indirectement, des réponses à des questions en relation avec une affaire dont la justice est saisie et qui n'est pas définitivement jugée, lorsqu'elles ont pour objet ou pour effet d'amener le public à se prononcer sur la culpabilité, la peine ou toute autre élément relevant de la décision d'un juge.

# La preuve de l'infraction et la connaissance de la personnalité de l'auteur

Fiche n° 11

## Auditions et interrogatoires

Au contraire de la tradition anglo-saxonne, la procédure pénale française est, en grande partie, une procédure écrite. Aussi les procès-verbaux des interrogatoires et auditions établis avant l'audience de jugement et versés au dossier, y tiennent-ils une place importante.

Les dispositions actuelles du CPP distinguent les auditions effectuées par les OPJ ou le procureur de la République lors d'une enquête de flagrance ou d'une enquête préliminaire, et les interrogatoires et auditions de témoins réalisés par le juge d'instruction lorsqu'une information a été ouverte.

Dans le système proposé par la Commission c'est le ministère public qui, dirigeant l'enquête, a la responsabilité de l'ensemble des interrogatoires et auditions. La procédure de flagrance est supprimée et la distinction entre enquête préliminaire et information n'a plus lieu d'être. L'acte essentiel est dès lors la notification de l'accusation (voir fiche n° 6). C'est à partir de ce moment que la personne suspectée, devenant « accusée », va bénéficier de l'ensemble des droits reconnus à la défense. Aussi les règles d'audition seront-elles différentes, selon que l'on se situe en deçà ou au delà de ce seuil.

Les auditions précédant la notification de l'accusation sont effectuées par la police judiciaire, sous le contrôle du ministère public, ou directement par celui-ci. Elles peuvent avoir lieu dans le cadre d'une garde à vue (voir fiche n° 17) ou à la suite d'une convocation. Dans ce dernier cas, si la personne convoquée refuse de comparaître, c'est au *juge*, saisi par le ministère public, qu'il appartient de l'y contraindre en ordonnant le recours à la force publique.

Les problèmes posés par les interrogatoires et auditions intervenant après la notification de l'accusation sont plus délicats.

Dans le système actuel, c'est un juge impartial - encore que cette impartialité soit plus aisée à poser en principe qu'à réaliser dans les faits - qui procède aux interrogatoires. Dans le schéma proposé par la

Commission, le ministère public, partie poursuivante, aura la charge des interrogatoires et auditions. Il convient dès lors d'éviter que les principes retenus - séparation des fonctions et équilibre entre les parties - n'entrent en contradiction et que les conséquences d'un choix structurel ne conduisent en définitive à accroître l'inégalité entre les parties. C'est de ce souci que procède la solution proposée par la Commission.

Si le procureur de la République a bien la responsabilité des auditions et interrogatoires, les autres parties jouent toutefois un rôle actif dans la procédure et peuvent intervenir directement. En cas de conflit, c'est au *juge* que revient le pouvoir d'arbitrage.

Un tel système doit normalement permettre un réel équilibre entre les parties (étant entendu qu'une « égalité des armes » absolue n'est ni réalisable, ni peut être souhaitable). Il laisse subsister une question délicate, fréquemment soulevée par les avocats : la transcription de réponses orales est susceptible d'infléchir, volontairement ou non, le sens ou la portée des déclarations. C'est pourquoi il a paru important de donner à la partie poursuivie la faculté de contester auprès du *juge* la validité des procès-verbaux d'interrogatoire, réalisés après la notification de l'accusation. La Commission insiste enfin sur la nécessaire qualification des greffiers chargés d'authentifier les propos tenus lors des interrogatoires et confrontations.

## **Propositions de la Commission**

### **Auditions effectuées avant la notification de l'accusation**

Le procureur de la République ou les OPJ procèdent à l'audition de toutes les personnes susceptibles de fournir des renseignements utiles à l'enquête.

Les personnes convoquées sont tenues de comparaître. Si elles ne satisfont pas à cette obligation, le procureur de la République saisit le *juge* qui peut les contraindre à comparaître par la force publique.

Les personnes gardées à vue ont le droit de refuser de répondre à tout interrogatoire, autre qu'un interrogatoire d'identité, avant d'avoir pu s'entretenir avec un avocat (voir fiche n° 17).

### **Auditions, interrogatoires et confrontations effectués après la notification de l'accusation**

- Interrogatoires et confrontations

Le procureur de la République procède aux interrogatoires et confrontations de la personne poursuivie et aux auditions de la partie civile, après convocation, en temps utile, des avocats des parties.

A l'issue de chaque interrogatoire, l'accusé, est invité à relire le procès-verbal de ses déclarations. Il est pris acte de ses modifications et rectifications.

. Audition des témoins

Le procureur de la République procède à l'audition des témoins convoqués, soit de sa propre initiative, soit à la demande des parties.

Le conseil de l'accusé est averti, par tous moyens et dans les délais utiles, du jour et de l'heure auxquels aura lieu l'audition des témoins. Il peut s'il le juge utile, assister à l'audition et interroger directement le témoin entendu.

La partie poursuivie peut demander au procureur de la République qu'il soit procédé à l'audition des personnes dont le témoignage lui paraît utile à la manifestation de la vérité. Si le procureur de la République refuse de convoquer une personne dont l'audition a été demandé par la partie poursuivie, celle-ci peut déférer au *juge* la décision de refus.

## Fiche n° 12

### Perquisitions et saisies

De la distinction posée par le code de procédure pénale entre différentes procédures ou stades de mise en état, il résulte que les mesures de perquisition, visite domiciliaire et saisie de pièces sont soumises à des régimes multiples.

En cas de crime ou de délit flagrant la police judiciaire a le pouvoir d'opérer des perquisitions chez les personnes qui paraissent, soit avoir participé à l'infraction, soit détenir des pièces qui y sont relatives, sans qu'il soit besoin d'une autorisation quelconque.

Dans le cadre de l'enquête préliminaire, les perquisitions ne peuvent être effectuées sans l'assentiment exprès de la personne au domicile de laquelle elles ont lieu.

Enfin lorsqu'une information est ouverte, le juge d'instruction a la faculté de procéder ou faire procéder à toute perquisition qu'il estime nécessaire à la manifestation de la vérité.

A ces trois régimes de base, il faut ajouter les dispositions législatives récentes qui prévoient pour certains types d'infractions, la possibilité d'une perquisition dès le stade de l'enquête préliminaire sans l'accord de l'occupant des lieux, en exécution d'une ordonnance du président du TGI (voir supra 1<sup>re</sup> partie).

Le régime horaire des perquisitions paraît, quant à lui unifié : les perquisitions ne peuvent être effectuées entre 21 heures et 6 heures. Mais là encore, le principe supporte néanmoins plusieurs exceptions. A la disposition transversale qui permet d'effectuer une perquisition à toute heure du jour ou de la nuit, si celle-ci est réclamée « de l'intérieur de la maison », il faut ajouter des dérogations liées à la matérialité de l'infraction poursuivie : aucune condition horaire n'est ainsi posée pour les perquisitions opérées dans les lieux ouverts au public lorsque ceux-ci sont suspectés de servir à la prostitution (art. 59 du CPP) ou au trafic des stupéfiants (art. L. 627-1 du code de la santé publique).



Les propositions de la Commission permettent l'unification d'un système déjà complexe et susceptible de se stratifier encore, au gré des évolutions de la politique pénale.

En application du principe de séparation des fonctions d'enquête et des fonctions juridictionnelles, le ministère public mène l'enquête d'un bout à l'autre ; il doit toutefois, dès qu'il est amené à recourir à une mesure portant atteinte aux libertés - tel est le cas des perquisitions et saisies (sauf remise volontaire) -, obtenir l'autorisation du *juge*.

Ainsi, dans le système proposé toute perquisition ou saisie doit être autorisée par le *juge*. Celui-ci doit statuer dans un délai qui ne peut excéder vingt-quatre heures. Il fonde sa décision sur l'examen des pièces fournies par le ministère public.

Il est toutefois nécessaire de prévoir des situations soit qui nécessitent une autorisation immédiate, soit qui rendent même impossible le moindre délai, si bref soit-il.

Dans le premier cas, il importe qu'un système de permanence soit mis en place : le *juge* doit pouvoir être joint sans délai, à toute heure ; en cas de nécessité, le *juge* peut statuer après avoir simplement entendu les explications orales du représentant du ministère public, ou de l'OPJ. Il lui appartiendra de s'assurer a posteriori de la validité des motifs invoqués.

Dans les cas où tout délai est impossible, il apparaît nécessaire d'aménager une procédure d'urgence strictement définie s'il s'avère que tout retard risquerait d'entraîner la disparition d'un ou plusieurs indices, la perquisition doit pouvoir être effectuée sur simple décision de l'OPJ. Sa régularité est alors contrôlée a posteriori par le *juge*, la nullité de l'acte sanctionnant les abus éventuels (voir fiche n° 5).

Enfin, les formes modernes de criminalité que doivent affronter les autorités de l'État - criminalité organisée en réseau - justifient la mise en place d'un régime renforcé, englobant les exceptions déjà prévues en matière de proxénétisme et de trafic de stupéfiants : des perquisitions nocturnes doivent pouvoir être autorisées lorsque l'enquête porte sur l'une des infractions mentionnées sur une liste établie par le législateur.

## **Propositions de la Commission**

Les perquisitions, visites domiciliaires et saisies des pièces sont autorisées par le *juge*. Elles ne peuvent être refusées que par ordonnance motivée, susceptible d'appel devant la chambre d'accusation. Il ne peut être fait appel de l'ordonnance autorisant l'une de ces mesures.

Lorsqu'il y a urgence au sens défini par la loi (voir fiche n° 5) l'officier de police judiciaire peut procéder sans autorisation préalable du *juge*.

Tout acte qui n'a pas été autorisé préalablement ou validé ultérieurement par le *judge* est frappé de nullité et entraîne la nullité de la procédure ultérieure (voir fiche n° 7).

Les perquisitions et les visites domiciliaires ne peuvent être commencées avant 6 heures et après 21 heures. Elles pourront toutefois être opérées à toute heure du jour et de la nuit, dans les formes ci-dessus spécifiées, lorsque l'enquête porte sur l'une des infractions mentionnées sur une liste limitative insérée dans le code de procédure pénale.

## Écoutes par voie téléphonique et autres techniques d'interception des conversations à distance

En 1981, une commission présidée par M. Robert Schmelck, Premier Président de la Cour de Cassation, avait été chargée d'élaborer un rapport sur la question des écoutes téléphoniques. Il apparaît nécessaire que cette étude soit reprise et actualisée. La Commission n'en a toutefois pas été chargée et une telle étude déborderait sa compétence, puisqu'il est difficilement concevable de dissocier la question des écoutes « judiciaires » - pratiquées sur l'ordre d'un juge - de celle des écoutes dites « administratives ».

Aussi se contentera-t-elle d'indiquer les orientations qui lui paraissent s'imposer en la matière, au regard des principes constitutionnels et de la jurisprudence, tant de la Cour de Cassation que de la Cour européenne des droits de l'homme.

La licéité des écoutes ordonnées par le juge d'instruction a été reconnue par la Cour de Cassation (Cass. Crim. 9 octobre 1980, Tournet ; 23 juillet 1985, Kruslin ; 15 mai 1990, Bacha). Elle a pour unique fondement légal les articles 81 (1<sup>er</sup> alinéa) et 151 du CPP, ainsi que les principes généraux de la procédure pénale. Selon la Cour de Cassation (arrêt Kruslin précité) ces principes sont les suivants : « d'une part, des écoutes téléphoniques ne peuvent être ordonnées par un juge d'instruction, par voie de commission rogatoire, que sur présomption d'une infraction déterminée ayant entraîné l'ouverture de l'information dont le magistrat est saisi et ces mesures ne sauraient viser, de façon éventuelle, toute une catégorie d'infractions ; d'autre part, les écoutes ordonnées doivent être réalisées sous le contrôle du juge d'instruction, sans que soit mis en oeuvre aucun artifice ni stratagème et sans qu'elles puissent avoir pour résultat de compromettre les conditions d'exercice des droits de la défense ».

En revanche, les écoutes et enregistrements des conversations téléphoniques d'un suspect, effectués par des services de police sans commission rogatoire d'un juge, sont nuls (Cass. crim. 13 juin 1989, Bull. n° 254, et Ass. plén. 24 novembre 1989, Bull. n° 440, Barribeau et Derrien).

Cependant la Cour européenne des droits de l'homme vient de juger par deux arrêts du 24 avril 1990 (arrêts Kruslin et Huvig) que le droit français applicable en la matière n'était pas conforme aux exigences de l'article 8 de la CESDH (protection de la vie privée) car il « n'indique pas avec assez de clarté l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités dans le domaine considéré ».

Plus précisément, la Cour admet que les écoutes judiciaires « ont une base légale en droit français », une base qui repose sur la combinaison du droit écrit et des conditions d'application précisées par la Cour de cassation. Elle relève à cet égard qu'on aurait tort de forcer la distinction entre pays de « common law » et pays « continentaux » : « dans un domaine couvert par le droit écrit, la » loi « est le texte en vigueur tel que les juridictions compétentes l'ont interprété en ayant égard, au besoin, à des données techniques nouvelles ».

En revanche c'est la « qualité de la loi », au sens défini par sa jurisprudence antérieure (accessibilité, précision, prévisibilité) qui paraît insuffisante à la Cour européenne en la matière : « les écoutes et autres formes d'interception des entretiens téléphoniques représentent une atteinte grave au respect de la vie privée et de la correspondance. Partant, elles doivent se fonder sur une » loi « d'une précision particulière. L'existence de règles claires et détaillées en la matière apparaît indispensable, d'autant que les procédés techniques utilisables ne cessent de se perfectionner »

Certes, « la Cour ne minimise nullement » la valeur de plusieurs des 17 garanties invoquées par le gouvernement français : « notamment la nécessité d'une décision d'un juge d'instruction, magistrat indépendant ; le contrôle qu'il exerce sur les officiers de police judiciaire et qu'il peut subir à son tour de la part de la chambre d'accusation, des juridictions du fond et, au besoin, de la Cour de Cassation ; l'exclusion de tout » artifice « ou » stratagème « consistant non pas dans le simple recours aux écoutes, mais en une » ruse active «, un » piège «, une » provocation « ; l'obligation de ne pas méconnaître la confidentialité des relations entre l'avocat et le suspect ou inculpé ».

Cependant, elle estime que ces garanties ne se dégagent de la jurisprudence que progressivement et de façon fragmentaire, certaines des garanties indiquées par le Gouvernement français n'ayant pas été explicitement consacrées jusqu'ici.

En définitive, elle estime que « le système n'offre pas pour le moment des sauvegardes adéquates contre divers abus à redouter. Par exemple, rien ne définit les catégories de personnes susceptibles d'être mises sous

écoute judiciaire, ni la nature des infractions pouvant y donner lieu ; rien n'astreint le juge à fixer une limite à la durée de l'exécution de la mesure ; rien non plus ne précise les conditions d'établissement des procès verbaux de synthèse consignant les conversations interceptées, ni les précautions à prendre pour communiquer intacts et complets les enregistrements réalisés, aux fins de contrôle éventuel par le *juge - qui* ne peut guère se rendre sur place pour vérifier le nombre et la longueur des bandes magnétiques originales - et par la défense, ni les circonstances dans lesquelles peut ou doit s'opérer l'effacement ou la destruction desdites bandes, notamment après non-lieu ou relaxe. Les renseignements donnés par le Gouvernement sur ces différents points révèlent au mieux l'existence d'une pratique, dépourvue de force contraignante en l'absence de texte ou de jurisprudence ».

Sans doute un arrêt récent de la Cour de Cassation (arrêt Bacha du 15 mai 1990, Bull. n° 193) ajoute-t-il une condition supplémentaire en précisant que les écoutes et enregistrements téléphoniques ne peuvent être effectués qu'« en vue d'établir la preuve d'un crime ou de toute autre infraction portant gravement atteinte à l'ordre public et d'en identifier les auteurs ».

La commission rappelle toutefois que notre système constitutionnel impose sans équivoque la légalité de la procédure pénale (art. 8 de la Déclaration des droits de l'homme et art. 34 de la Constitution) et que la loi seule peut permettre de fixer avec clarté et précision les conditions dans lesquelles il peut être porté atteinte à un autre principe à valeur constitutionnelle - le respect de la vie privée (voir décision du Conseil constitutionnel D.C. n° 76-75 du 12 janvier 1977 sur les fouilles de véhicules)<sup>1</sup>.

La Commission estime donc absolument nécessaire que soient déterminés dans un texte de loi les axes principaux d'une réglementation :

- *définition des cas dans lesquels il peut être recouru au placement sur écoutes*: conditions liées à l'infraction et à la personne ; cas de la personne à laquelle l'accusation a été notifiée ;
- *définition d'une procédure d'autorisation et de règles de conservation*.

Il va de soi que dans le système proposé par la Commission, il ne pourrait être procédé à un placement sur écoutes que sur autorisation du *juge* (sauf urgence, voir fiche n° 5).

En ce qui concerne les autres techniques d'interception des conversations à distance, la Commission considère que ce n'est qu'à titre tout à fait exceptionnel, et dans des conditions encore plus rigoureuses, qu'elles pourraient être autorisées par le législateur sous le contrôle du *juge*.

1) Elle rappelle que le Conseil d'État a eu l'occasion de juger que, s'agissant des restrictions apportées à un droit reconnu par la Constitution et les engagements internationaux de la France, dans le silence de la loi et en l'absence de critères définis par le gouvernement, il n'est pas possible au juge de se substituer au législateur (arrêt d'Assemblée du 8 avril 1987, ministre de l'intérieur et de la décentralisation c/ Peltier ; il s'agissait en l'espèce des restrictions susceptibles d'être apportées à la liberté d'aller et venir).

## Fiche n° 14

### Expertises

Les dispositions actuelles du code de procédure pénale en matière d'expertises soulèvent deux catégories de questions :

- celle de la participation de la défense à la décision ordonnant une expertise et au choix de l'expert ;
- celle du caractère exclusif, pour le choix de l'expert des listes officielles, liste nationale établie par le bureau de la Cour de Cassation, ou listes dressées par les cours d'appel.

· Dans le système actuel, c'est le juge d'instruction qui ordonne les expertises, soit à la demande des parties, soit d'office. C'est lui qui choisit l'expert et définit sa mission.

Sans doute la partie poursuivie peut-elle interjeter appel de l'ordonnance par laquelle le juge refuse une expertise, un complément d'expertise ou une contre-expertise. Cet appel peut toutefois être déclaré irrecevable par le président de la chambre d'accusation qui n'est pas tenu de motiver sa décision.

De telles règles qui limitent fortement les droits de la défense en un domaine majeur, deviennent, en outre inadéquates dès lors que l'enquête échappe à la direction d'un *juge* pour être confiée au ministère public.

Différentes solutions sont alors concevables. La Commission a écarté l'idée d'un recours par chacune des parties, à des expertises séparées : l'exercice d'un contrôle par le *juge* lui a semblé une garantie nécessaire à la fiabilité des opérations. Instaurer un système de double expertise systématique est de même peu souhaitable : inutile dans de nombreux cas, cette procédure à un caractère lourd et dépensier. Une autre solution eût été de donner à la défense la faculté de nommer un expert qui jouerait un rôle d'observateur, pouvant formuler des critiques, mais non intervenir dans les opérations. Si une telle solution peut servir d'utile contrepois à structures constantes, elle apparaît peu adaptée à un schéma qui donne un rôle plus actif à la défense.

La solution retenue s'efforce ainsi d'introduire pleinement le principe du débat contradictoire dans le choix de l'expert et la définition de sa mission sans pour autant tomber dans un formalisme inutile ou renoncer à la garantie que présente le contrôle du *juge*.

. En vertu des dispositions de l'article 157 du CPP, les experts ne peuvent être pris que parmi les personnes figurant sur les listes officielles dressées par les juridictions, sauf à motiver expressément un choix différent.

L'existence de telles listes est, bien évidemment, une garantie nécessaire pour s'assurer du sérieux et de l'impartialité des expertises. Leur caractère strictement exclusif n'est toutefois pas sans inconvénients.

Il peut ainsi arriver que, par leur nouveauté ou leur spécificité, les questions posées soient telles qu'il soit difficile de trouver sur les listes officielles un expert possédant la spécialité et les compétences nécessaires. De surcroît, lorsque la question est particulièrement délicate et que la réponse qui y sera apportée conditionne largement l'issue du procès, il paraît regrettable, qu'il ne puisse être fait appel au plus large choix de compétences.

Le code de procédure pénale n'ignore d'ailleurs pas cette dernière difficulté. Il y répond toutefois de manière très indirecte : l'article 169-1 prévoit ainsi que, lorsqu'une personne « entendue comme témoin ou à titre de renseignement » contredit les conclusions des experts officiels, la juridiction de jugement peut décider le renvoi et ordonner de nouvelles mesures d'expertise.

Il est bien évident que ce statut de « témoin » dissimule en fait le recours à un expert « hors liste ». La Commission propose d'officialiser ce recours en le revêtant toutefois d'un caractère exceptionnel et en l'assortissant de conditions restrictives.

## **Propositions de la Commission**

### **Décision de recourir à une expertise**

Avant la notification de l'accusation, les expertises sont ordonnées par le ministère public.

Lorsque l'accusation a été notifiée, le ministère public ordonne une expertise, soit de sa propre initiative, soit à la demande de la défense.

Le ministère public peut refuser l'expertise demandée par décision motivée. Dans ce cas, le *juge* est saisi et statue.

### **Désignation des experts**

Lorsque l'accusation a été notifiée, la désignation de l'expert est faite d'un commun accord entre le ministère public et la défense.

Si la défense refuse l'expert proposé par le ministère public, elle peut demander qu'il soit procédé à une expertise contradictoire.

Dans le cas où le ministère public refuse l'expertise contradictoire demandée, le *judge* est saisi et statue.

### **Recours à un expert ne figurant pas sur les listes officielles**

Il ne peut être recouru à un expert pris en dehors de la liste nationale et des listes dressées par les cours d'appel que d'un commun accord entre le ministère public et la défense.

Toutefois, en cas de désaccord, ce choix peut être ratifié par le *judge*, saisi par la partie demanderesse au regard de la nature des questions techniques posées ou de la compétence particulière de l'expert pressenti.



## Police scientifique

« Le juge d'instruction procède, conformément à la loi, à tous les actes qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité », dispose l'article 81 du CPP. De même, l'article 427 précise que, devant la juridiction de jugement, « hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve... ».

Ainsi enquêteurs et juges disposent-ils d'une totale liberté de principe dans l'établissement des faits et la recherche des preuves.

Cela étant, on peut sommairement répartir les modes de preuve en deux grands groupes :

- Les preuves liées à la personne et portant directement la marque de sa subjectivité : il s'agit du témoignage et, bien sûr, de l'aveu, souvent considéré comme la preuve ultime, nonobstant les termes de l'article 428 du CPP ;
- Les preuves qui sont extérieures à la personne et que l'on qualifie parfois, avec quelque imprudence, d'« objectives » : ce sont les interprétations de traces, d'empreintes, d'analyses biologiques et autres indices.

Certaines théories s'efforcent de montrer que chaque grand type de procédure privilégie un mode de preuve : les preuves « subjectives » et, tout particulièrement l'aveu - perçu comme reconnaissance des faits mais aussi comme signe de soumission morale et premier acte de repentir - auraient la faveur des procédures de type inquisitoire ; inversement, la procédure accusatoire privilégierait la preuve « objective », l'expert venant alors servir d'arbitre dans l'affrontement des parties.

De telles thèses pèchent assurément par leur caractère abstrait et généralisateur. Il n'en reste pas moins que la justice française a longtemps fait de l'aveu la « reine des preuves », les autres modes étant souvent perçus, avant tout, comme le moyen d'y parvenir. Force est également de constater que la police scientifique et technique avait accumulé dans notre pays, un retard important par rapport à des pays

comparables, Grande-Bretagne et République Fédérale d'Allemagne en particulier.

La Commission estime que l'effort mis en oeuvre dans ce domaine doit être non seulement poursuivi, mais encore renforcé.

Les progrès des techniques sont susceptibles d'applications particulièrement prometteuses à la procédure judiciaire; la technique de l'empreinte génétique, qui permet l'identification par comparaison avec quelques échantillons cellulaires recueillis sur la scène du crime en est la plus récente illustration.

Toutefois, le développement souhaitable d'un recours à la preuve scientifique dans la procédure pénale doit répondre à une double exigence :

- dès lors qu'il s'agit, non de réaliser des expériences, mais d'asseoir une culpabilité, les garanties de fiabilité et la connaissance des limites de celle-ci sont primordiales ;
- la liberté de recourir à toute forme de preuve trouve ses limites dans le respect des principes qui fondent la procédure : la preuve est libre mais sa collecte doit être légale.

Garantir la fiabilité des preuves scientifiques impose, en premier lieu, de s'assurer des conditions de la collecte des indices. Des empreintes digitales sont aisément altérables et délicates à relever. Mais cette difficulté est multipliée lorsqu'il s'agit d'empreintes génétiques, susceptibles d'être contaminées par tout micro-organisme de structure proche. Ainsi plus les techniques d'identification et d'analyse gagnent en sophistication, plus les conditions de prélèvement et de conservation doivent obéir à des règles rigoureuses.

Une difficulté comparable se retrouve, en second lieu, dans le traitement des indices relevés. Un avis récent du Comité consultatif national d'éthique du 15 décembre 1989 a mis l'accent sur les problèmes d'identification des résultats que présente la technique des empreintes génétiques. Il a en outre relevé le danger qui résulterait de la concurrence à laquelle se livreraient des laboratoires bénéficiant de brevets exclusifs et soucieux de valoriser l'efficacité de leurs techniques.

Le recours à des modes de preuves scientifiques risque enfin de se heurter aux principes qui gouvernent la procédure pénale.

En effet, toute technique d'identification repose sur une comparaison entre un indice relevé sur les lieux de l'infraction et un échantillon prélevé sur le suspect, qu'il s'agisse de sang, de sperme... Or, le respect de l'intégrité corporelle de l'inculpé constitue une exigence traditionnelle de la procédure pénale : le droit qu'a la justice d'accéder à ce que la personne possède de plus intime a pour borne infranchissable l'intégrité physique de celle-ci.

C'est de cette double préoccupation que procèdent les propositions de la Commission.

Il s'agit, en premier lieu, d'assurer un recours accru aux preuves objectives, d'une part en faisant de la collecte des indices nécessaires à leur obtention l'un des principes qui doivent guider l'action des enquêteurs, d'autre part, en permettant, par une « neutralisation de la scène du crime », que cette collecte s'effectue dans les meilleures conditions. Les dispositions actuelles - article 55 du CPP - qui se bornent à interdire les « modifications » du lieu du crime sont insuffisantes à cet égard.

En second lieu, l'importance, dans la recherche de la vérité, des techniques d'identification impose que des prélèvements puissent être effectués sur la personne poursuivie sans le consentement de celle-ci. Atteinte à la liberté individuelle et à l'intégrité corporelle, une telle pratique doit être prévue par le législateur, et autorisée par le *juge*. Il ne peut y être recouru qu'après notification de l'accusation. Elle doit en outre être strictement encadrée : le Comité consultatif national d'éthique rappelle, dans son avis du 15 décembre 1989, les dangers que peuvent présenter pour les libertés publiques les conditions de conservation des résultats obtenus par les nouvelles techniques d'identification.

## **Propositions de la Commission**

Il est interdit à toute personne non habilitée de pénétrer sur les lieux où un crime a été commis avant qu'il ait été procédé à toutes les constatations ainsi qu'aux examens techniques et scientifiques nécessaires, sous réserve des nécessités liées aux exigences de sécurité publique, ou aux soins à apporter aux victimes.

L'officier de police judiciaire a l'obligation de faire rechercher, prélever et, selon les données actuelles de la science, conserver les indices relatifs à toute infraction. Ces actes sont effectués sous le contrôle du procureur de la République.

Lorsqu'ils apparaissent utiles à la manifestation de la vérité, des prélèvements d'échantillons biologiques peuvent être effectués, dans les conditions prévues par la loi, sur la personne de l'accusé, soit à la demande de celui-ci, soit à la demande du ministère public et avec l'accord de l'accusé. Toutefois, même en l'absence d'accord de l'accusé, le prélèvement peut être autorisé par le *juge*, saisi par le procureur de la République. Après avoir entendu les observations de l'accusé ou de son conseil, le *juge* statue par une ordonnance motivée qui n'est pas susceptible d'appel.

La loi détermine le délai et les conditions dans lesquels les résultats des identifications génétiques sont détruits après le jugement sur la culpabilité.

## Fiche n° 16

### Investigations relatives à la personnalité

Il est communément admis aujourd'hui que la connaissance de la personnalité de la personne poursuivie, de son milieu, de son mode de vie passé et présent, est indispensable à une justice pénale équitable et efficace (principe de l'individualisation de la peine qui s'inscrit à la phase de jugement mais concerne indirectement l'organisation de la phase préparatoire). D'abord reconnue dans le cadre de la justice des mineurs, cette exigence a depuis la promulgation du code de procédure pénale, été progressivement étendue par le législateur (et en dernier lieu à l'occasion de la loi du 6 juillet 1989) aux procédures concernant les majeurs, les diverses mesures prévues s'imposant toutefois avec plus ou moins de force : enquête sur la personnalité de l'inculpé ainsi que sur sa situation matérielle, familiale et sociale, examen médical et médico-psychologique enquête sociale rapide.

Sans doute peut-on cependant affirmer que le régime actuel des investigations relatives à la personnalité est assez peu satisfaisant car il apparaît pratiquement insuffisant, et empreint de certaines incohérences.

Ainsi, le tribunal correctionnel peut-il être conduit à statuer (et parfois à prononcer de lourdes peines) au seul vu d'un dossier dans lequel les renseignements relatifs à la personnalité de la personne poursuivie sont extrêmement limités voire inexistants.

En outre, l'enquête de personnalité - dont on pourrait penser à la lecture de l'article 81 al 6 du CPP qu'elle est obligatoire en matière criminelle - est considérée par une jurisprudence constante de la Cour de cassation (confirmée par un arrêt de la Chambre Criminelle du 7 novembre 1989, Bull. n° 399) comme facultative dans tous les cas. A l'inverse, hors de toute obligation légale, la pratique s'est peu à peu instaurée d'ordonner systématiquement dans chaque affaire criminelle une expertise psychiatrique (même lorsque, à l'évidence, l'inculpé ne souffre d'aucune pathologie mentale).

Les propositions de la commission tendent à remédier à ces divers inconvénients.

Dans son rapport sur la détention provisoire de septembre 1988, la Commission préconisait de rendre obligatoire, à une échéance de 18 mois, l'enquête rapide prévue par l'article 41 du CPP, comme condition de la mise en détention de tous les inculpés. Cette échéance étant aujourd'hui atteinte, la Commission renouvelle cette proposition.

En matière criminelle et en matière correctionnelle lorsque la peine encourue est au moins égale à 7 ans d'emprisonnement, il paraît souhaitable de rendre effectivement obligatoire l'enquête de personnalité et l'examen médico-psychologique et de souligner le caractère facultatif de l'expertise psychiatrique.

Enfin, sans formuler sur ce point de proposition précise, la Commission indique une piste de réflexion : les conditions dans lesquelles est constitué puis examiné le dossier de personnalité (avant toute décision sur la culpabilité) ne permettent d'assurer qu'imparfaitement, lorsque la personne poursuivie s'affirme innocente, un strict respect des dispositions de l'article D. 16 du CPP aux termes duquel ce dossier ne doit pas conduire à « tirer des conclusions touchant à l'affaire en cours » et « ne saurait avoir pour but la recherche des preuves de la culpabilité ». On peut se demander dans ces conditions, s'il ne conviendrait pas d'envisager la césure radicale du procès pénal, selon que l'accusé plaide ou non coupable, afin de clarifier le rôle des divers intervenants au procès (en particulier les experts psychiatres ou psychologues) et d'éviter que le dossier de personnalité ne vienne interférer avec la décision sur la culpabilité. La juridiction de jugement ne pourrait, dans ce cas, avoir communication des renseignements de personnalité avant la décision sur la culpabilité. Il ne faut pas se dissimuler, toutefois, qu'une telle solution entraînerait un bouleversement de notre procédure pénale, impliquerait aussi une nouvelle rédaction de l'article 64 du Code pénal (cf. art 122-1 du projet de nouveau code pénal), et remettrait sans doute inéluctablement en cause le caractère écrit de la procédure.

## **Propositions de la Commission**

Une enquête sociale rapide est obligatoirement ordonnée préalablement à toute mise en détention, à peine de nullité.

Dans toute procédure criminelle ou correctionnelle lorsque la peine encourue est au moins égale à 7 années d'emprisonnement, une enquête de personnalité et un examen médico-psychologique sont obligatoirement prescrits avant le prononcé de la peine à peine de nullité. Les autres investigations sur la personnalité, notamment l'expertise psychiatrique, sont facultatives.

A titre de mesure d'accompagnement, la Commission propose que l'enquête de personnalité soit réalisée dans de nouvelles conditions pratiques (notamment quant aux conditions de recrutement et à la formation des enquêteurs) et que soit revue la définition de la mission de l'expert chargé de l'examen médico-psychologique ou de l'expertise psychiatrique.

# Le contentieux de la liberté

Fiche n° 17

## Garde à Vue

Le placement en garde à vue, s'il est parfois indispensable, constitue une mesure dont la gravité ne doit pas être sous-estimée : il s'agit, en effet, de priver de sa liberté une personne alors qu'aucune charge ne lui a été notifiée et sans qu'elle puisse, de ce fait, bénéficier des droits reconnus à une personne poursuivie. Quatre séries de problèmes se posent alors :

- *sous quelles conditions peut être autorisé le placement en garde à vue ?*
- *qui peut en décider ?*
- *quelle doit être sa durée maximale ?*
- *de quels droits doit bénéficier la personne retenue ?*

La décision de placement n'est soumise, à l'heure actuelle, à aucune condition de fond. Il suffit, pour qu'elle soit justifiée, que les « nécessités de l'enquête » l'exigent. Dès lors, aucune distinction n'est faite entre le « suspect » et le « témoin », simplement susceptible d'apporter des informations sur l'infraction commise.

La décision de prolonger la garde à vue ne fait intervenir des conditions de fond que dans le seul cas de l'enquête de flagrance : ne peuvent en principe en faire l'objet que les personnes à l'encontre desquelles existent des indices graves et concordants, de nature à motiver une inculpation.

Exempte de conditions de fond, la décision de placement relève en outre, actuellement, de la seule appréciation de l'officier de police judiciaire. Sans doute le code de procédure pénale prévoit-il qu'avant l'expiration d'un délai de vingt-quatre heures, la personne gardée à vue doit être présentée selon les cas, au procureur de la République ou au juge d'instruction. Il ajoute toutefois qu'« à titre exceptionnel », une autorisation de prolongation peut être accordée par décision motivée, sans que la personne soit conduite au parquet ou devant le juge. Or, l'exception semble généralement devenue la règle.

D'une durée de 24 heures, la garde à vue ne peut normalement être prolongée que de 24 heures supplémentaires. Des régimes exceptionnels ont cependant été aménagés en fonction de la nature de certaines infractions : la durée totale de 48 heures peut être, par décision du président du tribunal ou du juge d'instruction, prolongée de 48 heures supplémentaires dans le cadre d'une enquête portant sur des actes de terrorisme ; en matière de trafic de stupéfiants, à l'issue d'une première période de 24 heures, la garde à vue peut être prolongée d'abord pour 48 heures puis pour 24 heures supplémentaires par le procureur de la République ou le juge d'instruction.

La personne gardée à vue ne bénéficie d'autre droit que celui d'obtenir un examen médical à l'issue des premières 24 heures. Elle ne peut, en particulier, et contrairement au droit en vigueur dans la plupart des pays occidentaux, entrer en contact avec un avocat.

Pour la commission, ces quatre points doivent faire l'objet de réformes.

L'absence de toute condition de fond pour le placement en garde à vue, paraît, en premier lieu, difficilement acceptable. Elle va à l'encontre des dispositions de la CESDH : l'article 5-1 c) de la Convention soumet la rétention policière à l'existence de « raisons plausibles de soupçonner que (la personne) a commis une infraction, ou de motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci ». La France se distingue de ses grands partenaires européens : en Grande Bretagne, la garde à vue n'est possible que si la personne concernée a commis ou est suspectée d'avoir commis un « serious arrestable offence » c'est-à-dire un certain type d'infraction ; en RFA, elle n'est autorisée qu'en cas de danger imminent, et si les conditions qui pourraient justifier un mandat d'arrêt sont réunies.

Le principe de garantie judiciaire impose que la personne privée de sa liberté soit présentée au *juge*.

Justifiée par la nécessité de donner aux enquêteurs les moyens de lutter contre certaines formes particulières de délinquance (criminalité organisée en réseaux), l'existence exceptionnelle d'une « garde à vue allongée » au delà de 48 heures ne doit conduire ni à une multiplication de régimes dérogatoires, ni à une prolongation, au-delà de certains délais, de la période pendant laquelle une personne se trouve placée à la disposition de la police sans que les charges qui pèsent sur elle lui aient été notifiées et qu'elle puisse bénéficier des droits reconnus à la défense. Une durée limite de 72 heures paraît à cet égard souhaitable et ne semble pas de nature à désarmer l'Etat.

Enfin, la nature et l'importance des droits que doit se voir attribuer la personne gardée à vue est sans doute le problème le plus délicat. Il faut en effet concilier deux exigences : d'une part le respect des droits de la défense à un moment où l'enquête n'a pas encore un caractère contra-



dictoire car il ne saurait être envisagé, à ce stade, une communication du dossier; d'autre part la nécessité de réunir ou de préserver les preuves et, le cas échéant, de procéder à un véritable interrogatoire.

C'est donc essentiellement afin de renforcer *l'information juridique sur ses droits* que la personne gardée à vue doit pouvoir s'entretenir avec un avocat.

Encore faut-il distinguer selon les cas. Il faut ici tenir compte des deux fins essentielles poursuivies par la garde à vue. La rétention policière permet d'une part de réunir ou de préserver les preuves relatives à une infraction, d'autre part de procéder à un interrogatoire.

En effet, si la garde à vue a pour seul objet de mettre la personne hors d'état de nuire, et notamment d'altérer des preuves ou de prévenir des complices, la présentation au *juge* constitue une garantie suffisante. En revanche, lors d'un interrogatoire, la personne gardée à vue peut se trouver en position d'infériorité : l'entretien préalable avec un avocat est alors nécessaire pour compléter ou expliciter l'information sur ses droits.

## **Propositions de la commission**

### **Conditions de fond**

Une personne ne peut être placée en garde à vue que s'il existe des indices permettant de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction.

### **Autorités décidant du placement ou de la prolongation**

#### **. Le placement**

Il est décidé par un officier de police judiciaire. Le procureur de la République en est immédiatement averti. La décision est transcrite sur un registre de police et sur un registre judiciaire, sur lesquels sont mentionnés le nom de la personne, le lieu de garde à vue, la date et l'heure de la décision de placement, les circonstances qui l'ont motivée.

#### **. La prolongation de la garde à vue**

Elle est décidée par le *juge* sur demande du procureur de la République. La personne retenue doit comparaître devant le *juge* avant l'expiration du délai légal. Dans les cas de force majeure rendant impossible la présentation en personne, l'entretien avec le *juge* se fait par téléphone. Le procureur de la République ou l'officier de police judiciaire qui a décidé du placement expose les motifs du renouvellement demandé. Le *juge* entend les observations de la personne retenue. Il statue par une ordonnance motivée qui n'est pas susceptible d'appel.

## **Durée**

La durée de la garde à vue est de 24 heures. Elle peut être prolongée de vingt-quatre heures. Une deuxième prolongation exceptionnelle de 24 heures peut être ordonnée dans les mêmes conditions lorsque l'enquête porte sur certaines infractions limitativement énumérées par la loi (criminalité organisée en réseaux).

## **Droits de la personne gardée à vue**

### **. Droit à information**

Dès son entrée dans les locaux où elle sera retenue, la personne est informée :

- des motifs de sa rétention ;
- de son droit à être assistée d'un interprète ;
- de son droit à être examinée par un médecin ;
- de son droit à refuser d'être interrogée avant d'avoir pu s'entretenir avec un avocat.

L'information est effectuée par la remise d'une notice rédigée dans la langue parlée par l'intéressé, la lecture de cette notice doit être constatée par une mention écrite de la main de l'intéressé. Si celui-ci ne sait ni lire ni écrire il en est fait mention et l'information doit être faite oralement et constatée dans le procès-verbal.

### **. Droit à un entretien avec un avocat**

Si la personne retenue déclare refuser d'être interrogée avant d'avoir pu s'entretenir avec un avocat, il ne peut être procédé, avant cet entretien, qu'à un interrogatoire d'identité.

L'officier de police judiciaire prend contact avec l'avocat choisi par la personne retenue ; si celle-ci ne veut ou ne peut désigner un avocat, il est fait appel à un avocat inscrit sur une liste de permanence.

Dans le cas où la présence physique d'un avocat nécessiterait un délai supérieur à deux heures, un entretien téléphonique est suffisant.

Le nom de l'avocat est porté sur le registre du commissariat.

L'avocat est informé de la nature des faits motivant l'enquête. Il ne peut exiger ni la communication des pièces figurant au dossier, ni aucune investigation particulière.

La durée de l'entretien ne peut excéder une heure, lorsque l'avocat est physiquement présent, et trente minutes lorsque l'entretien a lieu par téléphone. La durée est transcrite sur le registre du commissariat.

L'entretien est confidentiel.

Lorsque la prolongation de la garde à vue est demandée, la personne retenue a le droit, avant de comparaître devant le *juge*, de s'entretenir avec un avocat dans les mêmes conditions.

Les dispositions régissant la garde à vue sont prescrites à peine de nullité de la procédure. (voir fiche n° 7).

### **Mesures d'accompagnement**

La possibilité, sous certaines conditions, d'un entretien d'une durée limitée avec un avocat représente un minimum exigible au regard des principes retenues comme de la situation en vigueur dans les autres pays européens.

Toutefois, l'opportunité d'une telle réforme est subordonnée aux conditions pratiques de sa mise en oeuvre. Que celles-ci soient négligées et il en résulterait, non l'amélioration recherchée des garanties dont doivent bénéficier tous les justiciables, mais une aggravation des inégalités face à la justice.

Éviter cet écueil nécessite (voir supra 1<sup>re</sup> partie) :

- une authentique collaboration des avocats et des barreaux se traduisant, notamment, par l'organisation de services de permanence ;
- une prise en compte, dans la détermination du budget de l'aide juridique, de la nécessité que tout justiciable puisse avoir effectivement accès à la possibilité offerte.

La Commission tient, d'autre part, à souligner que les conditions matérielles et psychologiques dans lesquelles se déroule la garde à vue doivent être, dans tous les cas, compatibles avec le principe de dignité de la personne humaine.

## Fiche n° 18

### Détention provisoire et contrôle judiciaire

#### **Procédure, durée et motifs de la détention provisoire**

La mise en détention provisoire heurte de manière directe le principe de la présomption d'innocence. Aussi les dispositions actuelles du code de procédure pénale (art. 137) affirment-elles que le maintien en liberté de l'inculpé constitue la règle. Le contrôle judiciaire peut être justifié par les nécessités de l'instruction ou des exigences de sûreté. Quant à la détention provisoire, elle doit être l'exception. La pratique est souvent différente (voir le rapport préliminaire de la Commission).

Le rapport de septembre 1988 de la Commission, après avoir examiné la situation du régime français au regard des exigences posées par la CESDH et la Constitution, ainsi que par référence à la situation de nos principaux partenaires européens, proposait plusieurs réformes dont certaines ont été reprises par la loi du 6 janvier 1989 (loi n° 89-461 du 6 juillet 1989 modifiant le code de procédure pénale et relative à la détention provisoire). Les réformes introduites sont, pour l'essentiel, au nombre de deux. D'une part la durée de la détention est limitée en fonction de celle de la peine encourue, d'autre part, afin d'éviter toute automaticité dans le placement en détention, l'ordonnance qui en décide doit être motivée selon des exigences formulées en termes identiques à ceux prévus par la loi du 11 juillet 1975 relative à la motivation de certains actes administratifs et contenir l'énoncé des considérations de droit et de fait qui fondent la mesure ; il ne semble pas toutefois que la pratique ait sensiblement évolué depuis l'entrée en vigueur de la loi. Aussi, la Commission tient-elle à renouveler sa proposition non retenue de sanctionner par la nullité l'insuffisance de motivation.

Les propositions de la Commission représentent une nouvelle avancée sur la voie ouverte par la loi du 6 juillet 1989. Elles sont, en outre, la conséquence directe des principes fondamentaux retenus dans le rapport préliminaire.

Conformément à la distinction retenue par la Commission entre actes d'enquête et fonctions juridictionnelles, *la décision de placement en détention provisoire* est prise par le *juge*, sur la demande du ministère public. On peut alors supposer que la décision de placement répondra mieux aux motifs fixés par le code - nécessité de l'enquête ou exigences de sûreté - et ne sera jamais utilisée comme un moyen de pression permettant d'obtenir des aveux.

En second lieu, la *durée du placement* doit répondre à une double exigence. D'une part, elle doit être proportionnée à la peine encourue. D'autre part, elle doit être conçue non comme une peine anticipée mais bien comme le moyen de parvenir à la réalisation de certains objectifs de la mise en état : il appartiendra donc au *juge* de déterminer sa durée au regard de l'objectif que lui donne la partie poursuivante, et de prononcer sa main-levée dès que l'objectif est atteint.

En troisième lieu, il importe que le placement en détention provisoire, atteinte directe au principe de la présomption d'innocence, ne puisse être fondée que sur des motifs précis, strictement énumérés et directement tirés des nécessités de la mise en état. En matière correctionnelle, le motif tiré de la nécessité de préserver l'ordre public du trouble causé par l'infraction ne remplit pas ces conditions.

En effet, pris dans une acception large, ce motif est d'une généralité telle qu'il réduit en fait à néant le caractère limitatif de l'article 144 du CPP, laisse libre cours à l'interprétation du juge et ne peut faire obstacle à des décisions éventuellement entachées d'arbitraire. Si l'on essaie de le réduire à un sens strict, il semble recouvrir deux cas distincts. Il peut s'agir de la nécessité de protéger la personne poursuivie de la violence, individuelle ou collective, à laquelle l'exposerait l'infraction dont elle est accusée. Un tel motif est toutefois déjà expressément prévu par l'article 144. Peut-on alors admettre que le placement en détention provisoire pourrait être justifié par le souci de prévenir d'éventuels mouvements d'opinion, quand bien même ceux-ci ne menaceraient pas la sécurité de l'accusé ? Ce serait faire de la mise en détention, hors de toute nécessité judiciaire, un instrument indirect de maintien de l'ordre. En fait, le critère du trouble causé à l'ordre public se confond fréquemment avec celui de la gravité de l'infraction poursuivie ; le caractère de préjugement de la détention provisoire est alors particulièrement évident. Le critère ne se retrouve d'ailleurs pas dans la législation de la plupart des pays européens qui réglementent strictement le recours à la détention provisoire. La commission propose donc la suppression de ce motif.

Enfin, la généralisation de l'«enquête rapide» de personnalité (voir fiche n° 16) avant toute décision de mise en détention devrait permettre au *juge* de mieux apprécier les garanties de représentation offertes par la personne poursuivie et inciter à un recours moindre à la détention provisoire au profit du placement sous contrôle judiciaire.

## **Peut-on envisager le recours à des systèmes de surveillance électronique comme substitut à la détention ?**

Depuis le début des années quatre-vingt, certains États américains ont expérimenté des systèmes de surveillance électronique, dans le but d'améliorer l'efficacité de la surveillance pendant les périodes de probation, d'accompagner la mise en liberté provisoire ou d'éviter l'incarcération à la suite d'infractions de faible gravité (infractions au code de la route, pour l'essentiel).

Les divers types de surveillance utilisés se répartissent en deux grandes catégories.

Dans les systèmes dits « actifs » un ordinateur central lance de manière régulière ou aléatoire des appels adressés à un récepteur porté par la personne surveillée. Celle-ci doit en accuser aussitôt réception.

Les systèmes « passifs » utilisent un émetteur que l'intéressé porte autour du cou, du poignet ou, le plus souvent, de la cheville. Cet appareil envoie un signal codé permanent ou régulier : l'appareil de surveillance qui le capte signale toute interruption à un ordinateur central. C'est ce dernier système qui est le plus fréquemment employé.

L'éventuelle utilisation de ces systèmes comme substitut aux peines d'emprisonnement n'entre pas dans le champ des travaux de la Commission. Elle s'est, en revanche, interrogée sur l'intérêt de leur application en vue de restreindre le recours à la détention provisoire.

Une telle hypothèse paraît a priori séduisante, en particulier dans le cas d'un accusé qui conteste sa culpabilité ; La surveillance électronique permet alors d'atteindre l'objet essentiel des mesures restrictives de liberté - garantir le maintien de l'accusé à la disposition de la Justice - sans aller au-delà.

D'autres avantages potentiels peuvent être rapidement évoqués.

La surveillance électronique apparaît bien sûr comme un moyen de réduire le surpeuplement des prisons. Elle est censée réduire le coût social de l'incarcération, coût financier direct supporté par la collectivité ou conséquences fâcheuses de la promiscuité carcérale sur des délinquants novices. Elle permet aux intéressés de conserver leur emploi et les liens avec leur famille, et au *juge* d'ordonner plus aisément un traitement médical ou une action de formation ou de réinsertion. Enfin, la souplesse du système permet de mieux adapter la sévérité de la mesure à la spécificité du cas : de la seule obligation de couvre-feu à l'« incarcération à domicile », divers degrés sont possibles.

La réalité de ces avantages ne semble toutefois pas parfaitement établie.

En premier lieu, la fiabilité technique des systèmes, n'est pour l'heure, pas garantie. Les aléas connus par les tentatives américaines et les difficultés rencontrées en Grande-Bretagne, lors d'une première expérience en 1989, en sont la preuve. De même, l'intérêt financier réel de la substitution est encore difficile à apprécier. Les données disponibles sont calculées à partir de coût moyen par individu - coût par détenu comparé au coût par personne surveillée - alors que, s'agissant d'un domaine où tous les investissements sont à faire, seules des estimations en terme de coût marginal permettraient de connaître l'ampleur exacte de l'effort financier à réaliser.

En second lieu, au vu des expériences américaines, on peut se demander si dans la pratique, les juges ne concevraient pas de tels systèmes comme le moyen d'accroître l'efficacité du contrôle judiciaire plutôt que la possibilité de réduire le recours à la détention provisoire.

En dernier lieu, la surveillance électronique pose un problème d'ordre éthique. Le maintien à domicile risque de reporter sur les familles le poids et les dangers de l'agressivité engendrée par la privation de liberté. La « mise en laisse électronique » paraît à certains plus attentatoire à la dignité que la simple incarcération.

Enfin, le danger que pourrait présenter, pour la société, une utilisation large de tels systèmes, est difficile à apprécier : peut-on disséminer dans la société les contraintes pénales et transformer nombre de domiciles en prisons de substitution ? Le perfectionnement technique qui résulterait d'une banalisation ne risque-t-il pas d'encourager des applications hors du domaine pénal, en direction, par exemple, de diverses « catégories à risque » de la population ?

Ainsi les avantages réels de la surveillance électronique paraissent encore difficilement appréciables, leur efficacité incertaine et leurs risques mal cernés. Aussi, la Commission se borne-t-elle à mentionner leur existence et à attirer l'attention sur les expériences en cours, sans se prononcer dans un sens favorable ou défavorable

## **Propositions de la Commission**

### **Détention provisoire**

. Enquête rapide

Toute demande de placement en détention provisoire, adressée au *juge*, est immédiatement précédée d'une enquête permettant de vérifier la situation matérielle, familiale et sociale de la personne poursuivie.

. Décision

La décision de mise en détention provisoire est prise par le *juge*, sur réquisition du ministère public, en présence de l'accusé. L'audience est

publique sauf exception justifiée (voir fiche n° 10). Le *juge* statue par ordonnance motivée. Il peut être fait appel de cette ordonnance par le ministère public ou l'accusé devant la chambre d'accusation. Si l'accusé ou son avocat sollicite un délai pour préparer sa défense, l'incarcération provisoire peut être prononcée dans les conditions actuellement prévues par l'article 145 al. 7 du CPP.

. Durée

La durée maximale de la détention provisoire est fixée par la loi. Le *juge* peut fixer une durée inférieure au vu notamment du calendrier prévisionnel établi par le ministère public après avoir entendu les observations des parties (voir fiche n° 8).

Les prolongations éventuelles sont ordonnées dans les conditions prévues par la loi (voir fiche n° 8).

. Motifs

En matière correctionnelle, le motif tiré de la nécessité de préserver l'ordre public du trouble causé par l'infraction (art. 144 2° du CPP) est supprimé.

La motivation du placement en détention est imposée à peine de nullité.

### **Contrôle judiciaire**

Le placement sous contrôle judiciaire et sa mainlevée sont ordonnés dans les mêmes conditions que la mise en détention provisoire.



## Indemnisation

L'article 149 du CPP, issu de la loi du 17 juillet 1970, prévoit pour les personnes ayant fait l'objet d'une détention provisoire alors que la procédure s'est achevée par un non-lieu, une relaxe ou un acquittement, la possibilité d'un recours en indemnité. Il ne peut toutefois y avoir indemnisation que lorsque la détention a causé « un préjudice manifestement anormal et d'une particulière gravité ».

Ces dispositions sont critiquables à plusieurs égards.

Elles procèdent, en premier lieu, d'une conception particulièrement restrictive du préjudice né de la détention. Toute privation de liberté illégale entraîne par elle-même un préjudice et celui-ci doit nécessairement apparaître, dans un État de droit, comme anormal et grave.

En second lieu, les règles françaises, tant par leur champ d'application que par les critères imposés, sont bien en deçà des dispositions de la CESDH qui prévoient l'indemnisation de toute personne victime d'une arrestation ou d'une détention non conforme à ses dispositions.

La Commission propose donc la mise en conformité du droit national avec les engagements internationaux de la France. L'hypothèse d'un « effet paralysant » sur l'action des services de police de telles dispositions ne paraît guère fondée car de multiples activités de l'État sont susceptibles d'engager sa responsabilité sans que les services qui les mettent en oeuvre soient, pour cela, gênés dans leur action. Encore importe-t-il cependant d'apprécier le caractère illégal de la mesure en se plaçant au moment où la décision a été prise, et en prenant en considération tant les éléments dont disposait l'autorité qui est à son origine que le comportement de la personne qui en a fait l'objet. On peut ainsi concevoir que dans certaines situations, la responsabilité de l'État puisse être atténuée par l'urgence, la force majeure ou le fait de la victime, notions utilisées par le juge administratif dans le contentieux de la responsabilité.

## **Proposition de la Commission**

Un recours en indemnisation est ouvert à toute personne victime d'une mesure de privation de liberté ordonnée ou exécutée en violation des règles légales.

# Le schéma d'ensemble du système proposé

## Fiche n° 20

Il est instauré, avant *l'audience de jugement*, une procédure unique de mise en état des affaires pénales qui comporte deux phases selon que l'on se situe avant ou après la *notification de l'accusation* par le ministère public.

Avant la notification de l'accusation, *l'enquête initiale*, est conduite par la police judiciaire sous le contrôle du ministère public.

Après la notification de l'accusation, *l'enquête* devient *contradictoire*. Elle est conduite par le ministère public ou, sur commission rogatoire, par la police judiciaire, et placée sous le contrôle d'un *juge*.

En toute hypothèse, les actes d'enquête portant atteinte aux libertés individuelles sont soumis au contrôle du *juge*.

### L'enquête initiale

#### Ouverture

Soit sur décision du ministère public.

Soit sur initiative de la police judiciaire.

Soit sur plainte avec constitution de partie civile reçue par le *juge* et adressée au ministère public.

#### Déroulement

Actes portant atteinte aux libertés individuelles :

- la garde à vue est décidée par un OPJ, pour une durée maximale de 24 heures, avec avis immédiat au ministère public. Elle peut faire l'objet d'une prolongation, par le *juge*, de 24 heures et exceptionnellement de 48 heures ;
- les autres atteintes à la liberté individuelle sont soumises à l'autorisation préalable du *juge* ;
- en cas d'urgence les perquisitions, les fouilles à corps, les écoutes téléphoniques, l'arrestation... sont décidées par le ministère public ou la police judiciaire et contrôlées par le *juge* dans les 12 heures.

Les autres actes (expertises, interrogatoires, auditions...) sont décidés par le ministère public ou la police judiciaire.

Droits de la défense :

- en cas de garde à vue : droit à l'information et, s'il y a lieu à interrogatoire, droit à un entretien préalable avec un avocat ;
- dès qu'apparaissent des indices graves et concordants de culpabilité, cessation de l'interrogatoire, à peine de nullité.

### **Clôture**

. Dans un délai maximum de 6 mois ; si l'auteur est identifié, le ministère public peut :

- ouvrir une enquête contradictoire ;
- classer sans suite ;
- présenter au *juge* des réquisitions aux fins de non-lieu si l'enquête a été ouverte sur constitution de partie civile ;
- délivrer un ordre de recherche d'un accusé identifié mais non localisé ou en fuite.

Le *juge* peut, en cas de réquisitions de non-lieu sur constitution de partie civile, soit prononcer le non-lieu, soit ordonner la poursuite des investigations, soit ordonner l'ouverture d'une enquête contradictoire.

Si l'auteur est identifié mais non localisé ou en fuite, il peut délivrer un mandat d'arrêt.

. A l'expiration du délai de six mois :

- lorsque l'auteur identifié n'est pas localisé ou en fuite, le *juge* peut prolonger le délai de 6 mois ; ou, s'il n'y a plus lieu à prolongation, constater l'existence de charges par une décision faisant courir un délai de prescription de 20 ans en matière criminelle, 5 ans en matière correctionnelle, et 2 ans en matière contraventionnelle. Il peut décerner ou confirmer un mandat d'arrêt. Il peut également allouer une provision à la partie civile ;
- lorsque l'auteur n'est pas identifié, le *juge* peut éventuellement prolonger le délai. A l'issue, le ministère public peut classer sans suite ou présenter au *juge* des réquisitions à fins de non-lieu si l'enquête a été ouverte sur constitution de partie civile.

### **Notification de l'accusation**

Dès que des indices graves et concordants de culpabilité apparaissent, la notification de l'accusation doit être faite par le ministère public, à peine de nullité.

Dès lors, la procédure devient contradictoire et il est procédé, soit à un renvoi en jugement, soit à l'ouverture d'une enquête contradictoire.

Le renvoi en jugement peut être décidé selon plusieurs modalités :

- soit le ministère public cite directement l'accusé devant la juridiction de jugement ou le convoque à l'audience par procès-verbal ;
- soit le *juge*, sur présentation de l'accusé par le ministère public, ordonne le renvoi de l'accusé à fins de jugement immédiat, le cas échéant après placement en détention provisoire ou contrôle judiciaire. L'accusé peut, en toute hypothèse, demander l'ouverture d'une enquête contradictoire.

## **L'enquête contradictoire**

### **Ouverture**

Elle est décidée, dans les 6 mois suivants l'ouverture de l'enquête initiale (sauf renouvellement de ce délai) par :

- le ministère public s'il estime que l'affaire ne peut être soumise en l'état à la juridiction de jugement, ou s'il s'agit d'un crime ou d'un délit puni de 7 années d'emprisonnement au moins ;
- le *juge*, soit à la demande de l'accusé, soit d'office s'il ne suit pas les réquisitions de non-lieu après constitution de partie civile ;
- le tribunal saisi à fins de jugement, s'il estime la procédure incomplète.

### **Déroulement**

Les actes portant atteinte aux libertés individuelles sont décidés par le *juge* ou la chambre d'accusation (sur appel ou en cas de dessaisissement du ministère public) et par le ministère public en cas d'urgence (sous réserve d'un contrôle par le *juge* dans les 12 heures).

Les autres actes sont décidés par :

- le ministère public, d'office ou sur décision du *juge* en cas de recours de l'accusé ou de la partie civile ;
- un membre de la chambre d'accusation en cas de dessaisissement du ministère public.

Droits de la défense : la défense bénéficie de la plénitude de ses droits : accès permanent au dossier, initiatives dans le déroulement de l'enquête, présence aux interrogatoires et aux auditions, saisine du *juge* en cas de contestation ou pour soulever une nullité, égalité avec le ministère public dans l'exercice des voies de recours...

Droits de la partie civile : les mêmes droits lui sont accordés pour la défense de ses intérêts.

### **Clôture**

Elle est toujours soumise au contrôle du *juge* qui, les observations des parties recueillies :

- apprécie si l'affaire est en état d'être jugée ;
- statue sur les mesures de détention et de contrôle judiciaire pour les supprimer, les aménager ou les ordonner ;

- statue sur la régularité de la procédure ;
- apprécie si la décision de non-lieu proposée par le ministère public est fondée.

Il est saisi :

- par l'acte du ministère public proposant un non-lieu ou le renvoi devant une juridiction de jugement ou la chambre d'accusation ;
- par l'accusé ou la partie civile en cas d'inaction du ministère public ;
- d'office en cas de refus de prolongation de délai.

Dans ces deux derniers cas il renvoie le dossier au ministère public pour qu'il présente ses réquisitions au fond dans un délai déterminé.

En dehors du classement judiciaire des poursuites possible si l'accusé « plaide coupable », la décision du *judge* selon les cas :

- saisit la juridiction (chambre d'accusation, tribunal correctionnel ou tribunal de police) si le ministère public l'a requis ;
- saisit la chambre d'accusation si le non lieu ne paraît pas fondé ;
- ordonne le non-lieu s'il paraît fondé ;
- statue sur les nullités.

En cas d'infraction caractérisée à la charge d'une personne identifiée mais non localisée ou en fuite, le *judge* constate l'existence de charges par une décision faisant courir le délai de prescription de 20, 5 ou 2 ans ; il peut délivrer ou confirmer un mandat d'arrêt, il peut également allouer une provision à la partie civile.

### **Saisine de la juridiction de jugement**

La juridiction de jugement est saisie par le ministère public, soit par une comparution de l'accusé détenu dans les 2 mois en matière correctionnelle et dans les 6 mois en matière criminelle, soit par une citation dans les mêmes délais pour l'accusé libre.

Si ces délais ne sont pas respectés, l'accusé détenu est remis en liberté. La juridiction est alors saisie par le *judge* ou la chambre d'accusation (en matière criminelle), d'office ou à la demande d'une des parties.

### **Audience de jugement**

Si la personne poursuivie comparaît, le déroulement de l'audience assure l'équilibre entre les parties, le caractère contradictoire de la procédure et tient compte du choix de l'accusé de « plaider coupable » ;

Si la personne ne comparaît pas ou n'est pas valablement représentée, la juridiction le constate par une décision qui fait courir le délai de prescription de 20, 5 ou 2 ans ; elle peut, en matière criminelle ou correctionnelle, délivrer un mandat d'amener ou d'arrêt. Elle statue par défaut sur les intérêts civils.

## **Opinion divergente de M. Braunschweig**

La séparation des fonctions d'enquête et des fonctions juridictionnelles découle naturellement de l'un des principes fondamentaux dégagés par la Commission, celui de la garantie judiciaire, mais une réforme de cette envergure peut être réalisée selon diverses conceptions.

Une réforme aboutissant à transférer au parquet les fonctions d'investigation aujourd'hui exercées par le juge d'instruction en ne laissant à celui-ci, ou à un autre juge du siège, que les fonctions juridictionnelles n'est guère envisageable en l'état actuel des esprits, et l'idée en est même fermement rejetée par la grande majorité des magistrats. Ceux-ci estiment en effet, que quelques erreurs individuelles très isolées mais amplifiées par les médias, ne justifient pas le procès qui est fait à l'institution du juge d'instruction. Et il est vrai que ce dernier est, non seulement dans le monde judiciaire, mais aussi dans l'opinion publique, moins décrié que ne le prétendent certains. Il est même très souvent reconnu pour être un magistrat particulièrement soucieux de son indépendance, et quelques affaires, dites sensibles, ont démontré au cours de ces dernières années qu'il savait prouver sa liberté face au pouvoir politique quel qu'il fût.

Il n'est pas question pour autant d'accuser les membres du parquet de manquer d'objectivité, mais d'une part, leur statut, qui implique notamment lien hiérarchique et indivisibilité, d'autre part, leur mission même qui est celle d'assurer les poursuites au nom de la société, ne les placent nullement dans des conditions supérieures à celles du juge pour mener impartialement les investigations. Une réforme d'une telle envergure, en dehors du bouleversement considérable qu'elle représenterait pour le corps judiciaire, ne saurait en tout état de cause être entreprise tant que ne serait pas réalisée au préalable une transformation statutaire fondamentale du ministère public, ce qui supposerait une volonté politique très largement majoritaire, dès lors qu'elle exigerait une révision constitutionnelle du Conseil supérieur de la magistrature et, par cohérence, le rattachement de la police judiciaire au ministère de la justice.

Quant à la création d'un juge de la mise en état, qui jouerait le rôle actuel du juge d'instruction dans l'exercice de ses fonctions juridiction-

nelles, elle se traduirait par une complication de la procédure sans réelle justification dans la mesure où un juge unique serait simplement remplacé par un autre juge unique. En outre, au cas où ce juge procéderait lui-même au jugement de l'affaire, sa compétence en qualité de juge du fond heurterait à la fois les prescriptions de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme et le principe de la collégialité du tribunal correctionnel, auquel magistrats et avocats sont assez unanimement attachés.

Une autre conception, celle retenue ici, consacre le maintien des pouvoirs d'investigation du juge d'instruction, avec introduction dans le code de procédure pénale d'un certain nombre de dispositions renforçant en faveur de l'inculpé la protection de ses libertés, et offrant à la défense, au stade de l'instruction, une procédure plus parfaitement contradictoire. La garantie judiciaire serait principalement assurée par l'institution d'une formation collégiale appelée à assister le juge lorsque celui-ci est amené à envisager certaines mesures, notamment celles concernant la détention.

Il s'agirait donc de créer une « chambre d'instruction », inspirée de celle que prévoyait la loi du 10 décembre 1985, mais sans lui donner tous les pouvoirs que lui attribuait ce texte. Ayant surtout compétence pour statuer sur le contentieux de la liberté, elle interviendrait également lorsque le magistrat instructeur estime nécessaire, pour les besoins de son enquête, une mesure susceptible de porter atteinte à la vie privée de l'inculpé ou d'un tiers.

Nul ne peut oublier que la loi de 1985 et même celle de 1987, exigeaient un accroissement des effectifs (magistrats, greffiers) qui n'a pas été atteint entre temps et que la difficulté de régler ce problème de gestion est devenu l'un des arguments avancés contre le principe de la collégialité (sur les autres arguments voir infra annexe n° 4). Cet obstacle pourrait cependant être surmonté si l'on acceptait l'idée de faire appel, pour composer cette nouvelle formation juridictionnelle, à un échevinage partiel. La chambre, en effet, serait présidée par un magistrat du siège, lequel aurait pour assesseurs non seulement d'autres juges du siège en activité, mais également des magistrats honoraires ainsi que des avocats et des universitaires, en activité ou honoraires. Cette participation d'échevins choisis parmi des juristes résidant à proximité du tribunal de grande instance et en nombre suffisant pour n'avoir à siéger chacun que de temps en temps, permettrait un fonctionnement satisfaisant du collège, même au sein d'un petit tribunal, au rythme d'une audience hebdomadaire.

Seule pourrait éventuellement susciter une difficulté, la convocation d'urgence de la chambre au cas de placement en détention d'un inculpé envisagé par le juge, mais il faut savoir que dans un tribunal à une chambre le juge d'instruction ne délivre pas plus de cinq à six mandats de dépôt en moyenne par mois, et la réunion dans la journée des trois



membres de la chambre, à l'occasion d'événements aussi peu fréquents, ne devrait pas poser de problème sérieux. Il conviendrait d'ailleurs, de prévoir dans le texte que si exceptionnellement cette réunion s'avérait malgré tout impossible, le juge aurait la faculté de prescrire une incarcération provisoire ne pouvant dépasser quarante huit heures.

Non seulement ce semi-échevinage présenterait l'avantage de résoudre l'épineuse question des effectifs, mais il aurait, en outre, le mérite de procurer à l'institution judiciaire cette ouverture sur l'extérieur souhaitée par maints réformateurs, et plus spécialement, pour le règlement du contentieux le plus délicat, d'apporter à la réflexion de la formation collégiale, la contribution de juges non soumis à la routine ou à la déformation professionnelle. Le fait que ces juges soient des juristes préserverait toutefois du risque de décisions prises par eux sans considération des nécessités de l'instruction et des préoccupations du juge sur le plan des investigations.

Quant au magistrat instructeur lui-même, certes il perdrait son pouvoir juridictionnel mais c'est lui qui continuerait à conduire l'information à sa guise, et c'est sur son initiative que la chambre d'instruction, pour la plupart de ses interventions, serait saisie. Le rôle du juge resterait donc considérable et son prestige ne devrait nullement être entamé, dès lors qu'il demeurerait le véritable responsable du bon déroulement et de la valeur de la procédure.

Afin que la réforme soit rationnelle et efficace, il importerait cependant que *l'institution d'une « chambre d'instruction »* soit accompagnée de plusieurs modifications des dispositions du code de procédure pénale relatives à *l'information par le juge d'instruction*.

## Institution d'une « chambre d'instruction »

Après de chaque tribunal de grande instance il est institué une « chambre d'instruction » appelée à se prononcer sur toute mesure touchant à la liberté de l'inculpé au cours d'une information judiciaire, ainsi que sur certaines décisions envisagées par le juge d'instruction et susceptibles, en particulier, de porter atteinte à la vie privée de l'inculpé ou d'un tiers.

Le rôle de la chambre d'instruction ne doit en aucun cas être considéré comme celui d'un second degré de juridiction. Sa fonction est d'être l'organe de réflexion qui évalue le bien-fondé de la décision proposée par le juge, et le premier degré est donc constitué par le magistrat instructeur épaulé par la formation collégiale. La chambre d'accusation demeure, selon les dispositions actuelles du code de procédure pénale, le juge d'appel qui statue au second degré.

## **Composition de la chambre**

La chambre est composée d'un président et de deux assesseurs.

*Le président* est un magistrat du siège autre qu'un juge d'instruction, désigné pour l'année judiciaire, par l'assemblée générale du tribunal.

Dans les tribunaux à une ou deux chambres, il peut, en cas d'empêchement, être remplacé sans formalité, par un autre magistrat du siège.

Dans les tribunaux ayant au moins trois chambres, il doit avoir rang de vice-président ou de premier juge. Il peut être remplacé, en cas d'empêchement, par un président suppléant. Pour chaque année judiciaire en effet, l'assemblée générale désigne, selon l'importance de la juridiction, un ou plusieurs suppléants.

*Les deux assesseurs* sont pris sur une liste également établie pour l'année judiciaire, par l'assemblée générale, et formée :

- de magistrats du siège ;
- d'avocats inscrits au barreau du tribunal de grande instance ;
- d'universitaires appartenant à une faculté de droit (professeurs ou maîtres de conférences) et domiciliés dans le ressort de la cour d'appel ;
- de magistrats honoraires ayant appartenu à une juridiction judiciaire (siège ou parquet) ou à une juridiction administrative, d'avocats ou universitaires également honoraires, toutes ces personnes devant être domiciliées dans le ressort du tribunal de grande instance, et n'ayant pas été mis à la retraite depuis plus de cinq ans.

Chaque année les candidatures des avocats, universitaires et retraités sont instruites par la commission restreinte de l'assemblée générale et celle-ci, lors de ses désignations, veille à observer une proportion équilibrée entre les diverses catégories d'assesseurs, chacune devant comprendre plusieurs membres, dont le nombre est bien entendu fonction de l'importance de la juridiction.

Dans les grands tribunaux, la chambre d'instruction peut comporter deux ou plusieurs sections.

Chaque chambre d'instruction est assistée d'un greffier, lequel peut être affecté à plein temps si les besoins du service le justifient.

## **Tenue des audiences**

La chambre d'instruction doit être en état de siéger à tout moment et au moins une fois par semaine.

Un tableau de roulement établi trimestriellement par le président de la chambre d'instruction prévoit pour chaque semaine les noms des assesseurs qui seront de service.

En cas d'urgence absolue, si l'un d'eux est empêché, il peut être remplacé sans formalité, par un autre assesseur figurant sur la liste annuelle.

## Compétence de la chambre d'instruction

. *Quant aux contentieux de la liberté*, la chambre doit être saisie par le juge d'instruction :

- de tout placement en détention requis par le parquet ou envisagé par lui ;
- de la délivrance d'un mandat d'arrêt ;
- de la prolongation de détention qu'il envisage ;
- de toute mesure de mise en liberté présentée par l'inculpé.

Dans tous les cas où elle est appelée à statuer sur la liberté, la chambre d'instruction peut toujours décider de placer l'inculpé sous contrôle judiciaire.

En toute matière, lorsqu'un *placement en détention* est requis par le procureur de la République ou envisagé par le juge d'instruction, celui-ci informe l'inculpé qu'il a droit à l'assistance d'un conseil de son choix ou commis d'office. Il l'avise de son droit de disposer d'un délai pour préparer sa défense, et l'avertit qu'il ne peut être placé en détention provisoire que par la chambre d'instruction.

Celle-ci doit se réunir le jour même. Si par suite de circonstances exceptionnelles cette réunion s'avère matériellement impossible, le juge d'instruction peut prescrire une incarcération provisoire par une ordonnance constatant la cause de cette impossibilité. L'inculpé doit alors être présenté devant la chambre dans un délai ne dépassant pas 48 heures, à défaut de quoi il est mis d'office en liberté.

L'audience a lieu à huis clos, sauf demande expresse de publicité formulée par l'inculpé lui-même, et qui peut d'ailleurs être refusée par la chambre pour des motifs relatifs aux nécessités de l'instruction.

La chambre statue après un débat contradictoire au cours duquel elle entend les réquisitions du ministère public, puis les observations de l'inculpé et le cas échéant, celles de son conseil.

Si l'inculpé ou l'avocat a sollicité un délai pour préparer sa défense, la chambre peut prescrire une incarcération provisoire et dans ce cas, l'intéressé doit être présenté à nouveau au plus tard le quatrième jour ouvrable suivant. S'il n'est pas présenté dans le délai prescrit, il est mis d'office en liberté.

La décision de placement en détention doit comporter l'énoncé des considérations de fait et de droit qui en constituent le fondement, par référence aux dispositions de l'article 144 du code de procédure pénale.

Le juge d'instruction peut décerner contre l'inculpé en fuite un *mandat d'arrêt* dans les conditions actuellement prévues par l'article 131 du code de procédure pénale, mais ce mandat doit être confirmé à bref délai par la chambre d'instruction.

Les dispositions de l'article 133 du même code doivent être modifiées, car dans les vingt-quatre heures de l'incarcération de l'inculpé à la maison d'arrêt, c'est à la chambre d'instruction qu'il appartient de statuer sur son maintien en détention.

Dans les huit jours qui précèdent l'expiration du délai de quatre mois prévu par l'article 145-1 du code de procédure pénale, la chambre d'instruction doit statuer à huis clos sur la *prolongation de la détention de l'inculpé* si celle-ci est proposée par le juge d'instruction, au vu des réquisitions écrites du ministère public, et des observations éventuelles de l'inculpé ou de son conseil, formulées également par écrit.

Les dispositions de l'article 145-1 précité doivent être observées par la chambre d'instruction, et si se pose notamment le problème de la prolongation de la détention au delà d'un an, elle doit statuer après débat contradictoire.

La chambre d'instruction doit être saisie, soit directement, soit par l'intermédiaire du juge d'instruction, de toute *demande de mise en liberté formulée par l'inculpé ou son conseil*.

Le dossier est immédiatement communiqué au procureur de la République aux fins de réquisitions, et la partie civile avisée en même temps par tout moyen, peut présenter des observations.

La chambre d'instruction doit statuer à huis clos, par décision spécialement motivée dans les conditions prévues à l'article 145-1, au plus tard dans les huit jours de la réception de la demande.

En règle générale, elle rend sa décision après avoir pris connaissance des réquisitions écrites du ministère public, et des observations des parties formulées également par écrit. Toutefois, si elle l'estime utile, la chambre peut, d'office ou à la demande de l'inculpé, inviter le ministère public et les conseils des parties à se présenter devant elle pour entendre leurs réquisitions et observations. Elle peut même ordonner la comparution personnelle de l'inculpé. Dans ce dernier cas, et sur demande expresse de celui-ci, la publicité de l'audience peut éventuellement être ordonnée par la chambre.

. Quant aux *autres interventions de la chambre*, il s'agit d'abord des *atteintes à la vie privée* : le juge peut être amené à prendre certaines mesures susceptibles de porter atteinte à la vie privée de l'inculpé ou d'un tiers. Il en est ainsi d'une perquisition, d'une saisie et surtout d'une mise sur écoutes téléphoniques.

En raison de leur gravité, de telles mesures doivent être prises ou au moins confirmées par la chambre d'instruction, mais dans un souci

évident d'efficacité le débat doit exceptionnellement échapper au contradictoire.

Aussi, en cas d'urgence absolue, le juge d'instruction ordonne la mesure, mais celle-ci doit être soumise à bref délai à la chambre d'instruction qui la confirme ou l'annule.

S'il n'y a pas urgence absolue, c'est la chambre d'instruction qui prend la décision sur proposition du juge. Toutefois l'inculpé n'est pas averti du débat, lequel se déroule en chambre du conseil et la décision ne lui est notifiée qu'à l'expiration d'un délai précisé par la chambre.

A partir de la notification, l'inculpé a la faculté non seulement de discuter devant le juge les résultats de l'opération, mais aussi de saisir la chambre d'accusation pour en contester le bien-fondé ou la validité.

Il s'agit aussi des *nullités de l'information*: le code de procédure pénale doit être modifié afin de présenter un classement plus rationnel et une définition plus précise des nullités textuelles et substantielles. Il doit en outre, offrir à l'inculpé la possibilité de soulever une nullité au cours de l'information. Pour éviter des recours dilatoires ce droit ne devrait cependant être exercé que pendant un délai de deux mois, prenant naissance lors de la communication officielle du dossier à la défense ayant suivi la prétendue nullité.

L'inculpé présente sa requête à la chambre d'instruction qui dans le délai d'un mois, statue après débat contradictoire, soit en transmettant le dossier à la chambre d'accusation, soit en refusant cette transmission. Dans ce cas, la décision doit être motivée et peut faire l'objet d'un appel devant ladite chambre d'accusation.

#### • *Appel des décisions de la chambre d'instruction*

Le ministère public et l'inculpé peuvent interjeter appel de toute décision rendue par la chambre d'instruction.

L'appel est porté devant la chambre d'accusation qui doit statuer dans les quinze jours de la déclaration d'appel.

#### • *Incompatibilités*

Un magistrat ne peut, à peine de nullité, participer au jugement d'une affaire pénale dont il a connu en qualité de membre de la chambre d'instruction.

Avisé d'une telle incompatibilité visant un magistrat appelé normalement à faire partie de la juridiction de jugement, le prévenu ou l'accusé peut cependant, avant ou au début de l'audience, renoncer à se prévaloir de la nullité, par déclaration expresse dûment constatée.

# Modifications relatives à l'information par le juge d'instruction.

## Ouverture de l'information

Saisi par le réquisitoire introductif du parquet, le juge procède à l'interrogatoire de première comparution de l'inculpé dans les conditions prévues par l'article 114 du code de procédure pénale. S'il envisage un placement en détention il saisit la chambre d'instruction.

Lorsque l'importance ou la complexité d'une affaire soumise à instruction préparatoire le justifie, le président du tribunal de grande instance peut, à tout moment, désigner plusieurs juges d'instruction afin d'assister le magistrat chargé de ladite affaire. Celui-ci garde la direction de l'information et coordonne les activités de ses collègues.

## Déroulement de l'information

· *Quant à la garde à vue*, il convient de modifier l'article 154 du code de procédure pénale (ainsi d'ailleurs que les articles 36, 64 et 77 du même code) afin d'accorder à la personne retenue dans les locaux de police, le droit de prévenir un avocat.

Cette personne est avertie de ce droit dès le début de la garde à vue et elle peut l'exercer après un délai fixé par l'officier de police judiciaire mais qui ne peut dépasser la 6<sup>e</sup> heure. Elle dispose de la faculté de téléphoner à un avocat de son choix ou au service de permanence qui est organisé par le barreau du ressort.

L'avocat choisi ou désigné peut se rendre au commissariat de police ou à la brigade de gendarmerie et obtenir un entretien sans témoin avec le gardé à vue. La rencontre ne peut durer plus d'une heure et le temps accordé est noté sur le procès verbal d'audition comme les autres mentions prévues par l'article 64 précité.

L'avocat est informé de la nature des faits motivant l'enquête mais ne peut exiger la communication des pièces figurant déjà au dossier. Il ne peut réclamer aucune investigation particulière.

Exceptionnellement, dans une affaire touchant gravement l'ordre public ou concernant le crime organisé, l'officier de police peut subordonner la visite de l'avocat à une autorisation expresse du juge d'instruction saisi d'urgence.

A la fin de la garde à vue, si la personne est avertie qu'elle va être conduite devant le magistrat, elle peut de nouveau téléphoner à son avocat pour l'aviser de sa situation.

. *Quant aux demandes formulées par la défense*, il est précisé qu'à tout moment de l'information l'avocat peut prendre connaissance du dossier et éventuellement demander au juge :

- l'audition d'un témoin ;
- une confrontation ;
- une investigation complémentaire ;
- une expertise.

Le juge ne peut refuser de procéder à la mesure sollicitée que par une ordonnance motivée, susceptible d'un appel devant la chambre d'accusation.

. *Quant à l'expertise contradictoire* il est précisé que toute expertise est ordonnée par le juge, de lui-même ou sur requête de l'inculpé, celui-ci étant mis en mesure de dire s'il demande qu'elle soit contradictoire. Dans ce cas il est invité à désigner le second expert en le choisissant parmi ceux qui sont inscrits sur la liste nationale, ou sur la liste de la cour d'appel.

Afin d'améliorer l'établissement de ces listes, il conviendrait de modifier les articles 9 et 14 du décret du 31 décembre 1974 relatif aux experts judiciaires, en vue de prévoir :

- lors de l'assemblée générale de la cour d'appel qui dresse la liste, la participation avec voix consultative du bâtonnier de l'Ordre des avocats ou de son représentant ;
- lors de la réunion du bureau de la Cour de Cassation au cours de laquelle est dressée la liste nationale, la participation, avec voix consultative, du président de l'Ordre des avocats aux Conseils ou de son représentant.

. *Quant aux ordonnances de règlement*, l'ordonnance de renvoi devant le tribunal correctionnel ne peut faire l'objet d'un appel devant la chambre d'accusation. Toutefois, après notification à l'inculpé de la communication du dossier au parquet pour règlement, la défense peut :

- solliciter un supplément d'information ;
- soulever une nullité d'ordre public qui n'aurait pas été purgée au cours de l'information.

Le juge doit répondre à ces demandes éventuelles dans l'ordonnance de renvoi, et sur ces deux points exclusivement, appel peut être porté devant la chambre d'accusation.

Si la nullité n'est pas soulevée à ce stade, elle ne peut plus l'être « in limine litis » lors de l'audience de jugement.

## Conclusion du rapport

En matière pénale, la décennie 80 a été notamment marquée par des mesures en faveur des victimes, une attention nouvelle pour la prévention et un souci accru de protection des droits de l'homme par l'admission des recours individuels devant la Commission européenne des droits de l'homme.

Ces mesures n'ont pas eu pour résultat, bien au contraire, de désarmer l'État, tant il est vrai que la sécurité des citoyens ne peut que gagner à la protection des victimes, à la prévention des infractions et au respect des principes qui fondent notre démocratie. L'État n'est-il d'ailleurs pas davantage bafoué lorsque des procédures ne peuvent être menées à leur terme par suite d'encombrement des juridictions ou d'annulations tardives que lorsqu'il s'efforce de renforcer les garanties d'une justice équitable ?

Ces orientations devraient s'amplifier au cours de la décennie 90 et préparer la nécessaire harmonisation à l'échelle européenne. C'est dans cette perspective que s'inscrit le rapport final de la Commission Justice pénale et droits de l'homme.

Alors, utopiques nos propositions ? irréalisables ?

Bien au contraire, les membres de la Commission ont la conviction que le malaise actuel de la justice pénale tient moins à l'indifférence du législateur qu'à l'accumulation de réformes ponctuelles, partielles, ajoutant toujours de nouvelles formalités, de nouvelles règles techniques qui ne s'accompagnent ni des moyens matériels adéquats, ni d'une réflexion d'ensemble sur la cohérence du système pénal.

C'est ce rapiéçage, parfois même ce bégaiement législatif, qui paraît irréaliste et néfaste, dès lors que l'on prend conscience du fait que les difficultés actuelles ne peuvent être résolues par des demi-mesures.

Une carte judiciaire dépassée, des effectifs de magistrats et fonctionnaires anormalement insuffisants, appellent des réformes profondes. Un nouveau code pénal est en cours de discussion devant le Parlement. Il doit être accompagné d'une refonte de la procédure pénale, tant il est vrai que celle-ci est l'un des piliers de l'État de droit.



Monsieur le Premier Ministre vient de déclarer que 1991 sera « une année pour la Justice ». Des réformes constitutionnelles ne sont pas exclues, notamment dans le domaine des institutions judiciaires, et sans doute seront-elles nécessaires.

Mais il serait difficilement concevable que l'année de la Justice ne soit pas aussi celle de la refonte de la procédure pénale. Certes notre code actuel remonte seulement à 1958, mais il faut néanmoins rappeler que ce code, adopté pour l'essentiel par voie d'ordonnance, sans discussion devant le Parlement, a subi aussitôt les effets de ce que le professeur Robert Vouin avait pudiquement nommé « le malheur des temps », autrement dit la marque autoritaire d'une situation politique mouvementée. Rappelons encore que deux phénomènes importants se sont produits depuis son adoption, aussi nouveaux dans notre pays que le double néologisme qui les désigne : la « constitutionalisation » de notre droit, et tout particulièrement de notre droit pénal (renforcée par le projet de réforme de la saisine du Conseil Constitutionnel en cours de discussion), et son « internationalisation », marquée notamment par la ratification de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des Pactes de l'ONU.

C'est pourquoi la Commission souhaite que ce rapport, auquel ont participé des juristes ayant au départ des approches et des expériences très différentes, ouvre la voie d'une réforme de la procédure pénale devenue indispensable.