





## **REMERCIEMENTS**

Je tiens à exprimer mes plus sincères remerciements à Jean DANET, avocat honoraire et Maître de Conférence qui a su, avec patience et disponibilité, guider cette recherche et l'enrichir par la justesse de son regard critique. Son soutien et ses encouragements ont été d'une aide précieuse.

Je souhaite également remercier Monsieur Reynald OTTENHOF, professeur émérite à l'Université de Nantes, pour le temps et la patience qu'il m'a accordé durant ces années. Ses critiques constructives et son expérience ont été d'un grand soutien.

Je remercie vivement les nombreux professionnels du monde judiciaire, magistrats, avocats, greffiers, officiers de police judiciaire, personnel pénitentiaire qui ont consacré un temps précieux pour répondre à mes questions.

Merci enfin à Virginie GAUTRON et Julien MONNIER, qui se sont investis dans la tâche fastidieuse de la relecture, aux personnels de la bibliothèque universitaire de Nantes pour leur disponibilité, à ma mère et mon frère, à ma famille et mes amis, qui savent déjà tout ce que je leur dois.

La faculté n'entend donner ni approbation

ni improbation aux opinions émises dans les thèses.

Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

## PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

<b>ACE</b> .....	Avocats conseils d'entreprises
<b>AFC</b> .....	Association française de criminalité
<b>Aff.</b> .....	Affaire
<b>AJDA</b> .....	Actualité juridique de droit administratif
<b>AJ pénal</b> .....	Actualité juridique pénal
<b>AN</b> .....	Assemblée Nationale
<b>Al.</b> .....	Alinéa
<b>ALD</b> .....	Actualité législative Dalloz
<b>APC</b> .....	Archives de politique criminelle
<b>Art.</b> .....	Article
<b>B.O.M.J.</b> .....	Bulletin officiel du ministère de la justice
<b>Bull. civ.</b> .....	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre civile)
<b>Bull. crim.</b> .....	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre criminelle)
<b>C. pén.</b> .....	Code pénal
<b>C. pr. pén.</b> .....	Code de procédure pénal
<b>CAA</b> .....	Cour administrative d'appel
<b>Cass. civ. 1ère</b> .....	Première chambre civile de la Cour de cassation
<b>Cass. civ. 2ème</b> .....	Deuxième chambre civile de la Cour de cassation
<b>Cass. crim</b> .....	Chambre criminelle de la Cour de cassation
<b>CE</b> .....	Conseil d'État
<b>CEDH</b> .....	Cour européenne des droits de l'homme
<b>chron.</b> .....	Chronique
<b>Circ.</b> .....	Circulaire
<b>CNB</b> .....	Conseil national des barreaux
<b>Comm.</b> .....	Commentaire
<b>Comm. EDH</b> .....	Commission européenne des droits de l'homme
<b>Comp.</b> .....	Comparer
<b>Cons. const.</b> .....	Conseil constitutionnel
<b>Contra</b> .....	Solution contraire
<b>Conv. EDH</b> .....	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
<b>CPT</b> .....	Comité européen de prévention de la torture
<b>CRPC</b> .....	Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité
<b>D.</b> .....	Dalloz
<b>(dir.)</b> .....	Sous la direction de
<b>DP</b> .....	Recueil périodique et critique mensuel Dalloz
<b>Doct.</b> .....	Doctrine
<b>Dr. pénal</b> .....	Revue droit pénal
<b>ETP</b> .....	Équivalent temps plein
<b>FNUJA</b> .....	Fédération nationale des unions de jeunes avocats
<b>Gaz. Pal.</b> .....	Gazette du Palais
<b>G.I.R.</b> .....	Groupe d'intervention régional
<b>ibid.</b> .....	Ibidem (au même endroit)

<b>idem.</b> .....	Idem (la même personne)
<b>IHESI</b> .....	Institut national des hautes études de sécurité
<b>Infra</b> .....	Ci-dessous
<b>JAP</b> .....	Juge d'application des peines
<b>J-CI</b> .....	Juris-classeur
<b>JCP</b> .....	Juris-classeur périodique
<b>JIRS</b> .....	Juridictions interrégionales spécialisées
<b>JO</b> .....	Journal officiel
<b>Jurisp.</b> .....	Jurisprudence
<b>LDH</b> .....	Ligue des droits de l'homme
<b>LOLF</b> .....	Loi organique relative aux lois de finances
<b>MARC</b> .....	Mode alternatif au règlement des conflits
<b>Obs.</b> .....	Observation
<b>Op. cit.</b> .....	Opere citato (ouvrage ou article déjà cité)
<b>PA</b> .....	Les Petites Affiches
<b>RD pén. crim.</b> .....	Revue de droit pénal et de criminologie
<b>Rec. D.</b> .....	Recueil Dalloz-Sirey
<b>Rec. Leb.</b> .....	Recueil Lebon
<b>Rép. pr. civ. Dalloz</b> .....	Répertoire de procédure civile Dalloz
<b>Rép. pr. pén. Dalloz</b> .....	Répertoire de procédure pénale Dalloz
<b>Req.</b> .....	Requête
<b>Rev. gén. Proc.</b> .....	Revue générale de procédure
<b>Rev. pénit.</b> .....	Revue pénitentiaire et de droit pénal
<b>Rev. sc. crim.</b> .....	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
<b>RFD const.</b> .....	Revue française de droit constitutionnel
<b>RICP</b> .....	Revue internationale de criminologie et de police technique et scientifique
<b>RIDC</b> .....	Revue internationale de droit criminel
<b>RIDP</b> .....	Revue internationale de droit pénal
<b>RID pén.</b> .....	Revue internationale de droit pénal
<b>RJC</b> .....	Recueil de jurisprudence constitutionnelle
<b>RTDH</b> .....	Revue trimestrielle des droits de l'homme
<b>RUDH</b> .....	Revue universelle des droits de l'homme
<b>S.</b> .....	Sirey
<b>s.</b> .....	Suivant
<b>SAF</b> .....	Syndicat des avocats de France
<b>SM</b> .....	Syndicat de la magistrature
<b>Supra</b> .....	Ci-dessus
<b>t.</b> .....	Tome
<b>TA</b> .....	Tribunal administratif
<b>TGI</b> .....	Tribunal de grande instance
<b>USM</b> .....	Union syndicale des magistrats

# SOMMAIRE

<b>Introduction</b> .....	09
<b>PREMIERE PARTIE :</b>	
<b>LA GARANTIE DES DROITS PAR LES PRINCIPES</b> .....	35
<b>TITRE 1 – L’ÉMERGENCE DES DROITS DE LA DÉFENSE</b> .....	37
Chapitre 1 – Les procédures alternatives aux poursuites .....	38
Chapitre 2 – L’exécution des peines .....	88
<b>TITRE 2 – LE RENFORCEMENT DES DROITS DE LA DÉFENSE</b> .....	149
Chapitre 1 – Le traitement policier .....	151
Chapitre 2 – Le traitement judiciaire .....	206
<b>DEUXIEME PARTIE :</b>	
<b>LES PRINCIPES, FONDEMENTS DE NOUVEAUX DROITS</b> .....	289
<b>TITRE 1 – DE LA RELATIVITÉ DES PRINCIPES</b>	
<b>À LA CIRCONSCRIPTION DES DROITS</b> .....	291
Chapitre 1 – Les limites infra systémique .....	293
Chapitre 2 – Les limites extra systémique .....	334
<b>TITRE 2 – DE LA FORCE DES PRINCIPES</b>	
<b>À L’INTENSITÉ DES DROITS</b> .....	385
Chapitre 1 – La consolidation du principe du contradictoire .....	387
Chapitre 2 – L’affirmation du principe de l’égalité des armes .....	423
<b>Bibliographie</b> .....	460
<b>Annexe</b> .....	512
<b>Index</b> .....	514
<b>Table des matières</b> .....	519

« *Quiconque sans l'ouïr condamne un criminel, son crime eût-il cent fois mérité le supplice, d'un juste châtiment il fait une injustice* ». Pierre Corneille (*Médée*, p. 160, in *Théâtre complet*, Éd. RVG)



## INTRODUCTION

*La défense a-t-elle, en pratique, la place que lui donne la procédure ?*

*L'intervention de l'avocat apparaît, à juste titre, comme celle d'un contradicteur, dont les interrogations sont cependant fréquemment vécues comme des contrariétés. Autant la contradiction nourrit la réflexion, autant la contrariété provoque la crispation. Et pourtant, il arrive que la défense ait raison ! Bien souvent, l'avocat n'est-il pas considéré comme le perturbateur d'une vérité dont l'établissement ne requiert pas son concours ? L'évolution de la procédure pénale n'encourage pas les relations sereines dans l'exercice du principe du contradictoire. Il a fallu formaliser et normaliser l'échange qui aurait pu avoir lieu verbalement et sans protocole dans le bureau du juge. Le juge discute de moins en moins avec la défense ; il répond par ordonnance à des demandes présentées selon des formes, et souvent dans des délais, fixés par la loi. Ainsi le contact avec la défense risque-t-il de perdre de sa substance, de la qualité attachée à une relation directe, telle qu'elle existe encore dans certaines juridictions.*

*En dehors même de l'instruction, il m'apparaît aussi, comme je l'ai dit lors de l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation, que la question se pose maintenant d'une plus forte présence de l'avocat au cours de l'enquête préliminaire. Au renforcement des pouvoirs du parquet, ne faut-il pas faire correspondre un rôle plus dynamique de la défense ? En effet, près de 95 % des procédures aujourd'hui sont effectuées sans le recours à l'instruction, par saisine directe de la juridiction. La défense n'intervient qu'en bout de course, lorsque la procédure est en l'état et pour ainsi dire prête à être jugée. Par ailleurs, l'évolution des pouvoirs d'enquête du parquet résultant des lois récentes, depuis une dizaine d'années, a eu pour conséquence qu'un grand nombre de procédures soumises auparavant à l'instruction sont désormais soumises directement à la juridiction de jugement. Il serait donc opportun de procéder à un rééquilibrage des droits de la défense.*

*Il faut ainsi s'interroger sur la possibilité pour l'avocat d'avoir un rôle actif dès le début de la procédure, par sa présence en garde à vue avec un accès, au minimum, aux auditions de son client ; sur la possibilité pour l'avocat d'être présent lorsque le suspect est interrogé ; enfin, sur la possibilité pour la défense de solliciter des actes, avec, en cas de refus du procureur de la République, l'intervention du JLD. En un mot, il faut introduire du contradictoire lors de la phase d'enquête, pour que ce principe s'applique à toutes les étapes de la procédure pénale<sup>1</sup>.*

---

<sup>1</sup> Audition de J-L. Nadal, Procureur général près la Cour de cassation, le 11 avril 2006. in Rapport de l'Assemblée nationale n°3125 par P. Houillon du 06 juin 2006 au nom de la Commission d'enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite d'Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement, t.2, p.1629.

Disponible sur : <http://www.assemblee-nationale.fr/12/rap-enq/r3125-t2.asp> [consulté le 08/07/2007]

1. Ce discours en faveur du développement des droits de la défense de la part d'un représentant du ministère public est suffisamment rare pour retenir à lui seul toute notre attention. En outre, lorsqu'il est prononcé par le plus haut magistrat du ministère public, la portée de ces propos prend une tout autre dimension.

Le Procureur général s'adresse à la Commission d'enquête parlementaire chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite d'Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement. Son discours intervient le 11 avril 2006, soit deux mois après l'emballement médiatique autour de l'audition du juge d'instruction, F. Burgaud<sup>2</sup>. Le registre de l'émotion est passé, il laisse la place aux critiques constructives et aux propositions de réforme. Ses propositions font écho à l'audition du Premier président<sup>3</sup> ainsi qu'au discours de rentrée solennelle devant la Cour de cassation<sup>4</sup>.

Son propos s'inscrit à contre courant d'un mouvement sécuritaire à l'origine d'une période particulièrement instable de notre procédure pénale. Entre la loi du 15 juin 2000 et ce discours, on dénombre 15 lois majeures<sup>5</sup> tendant au renforcement des pouvoirs d'enquête et à l'efficacité de la répression.

2. Le procureur s'interroge sur la place et le rôle de la défense dans notre procédure pénale. Pourquoi est-elle si mal considérée par l'institution judiciaire ? Est-elle suffisamment présente à chacune des phases du procès pénal ? Dispose-t-elle de suffisamment de moyens pour s'exprimer ? À quoi sert-elle ? Quel est son rôle ? Pourquoi le rapport de force entre la défense et l'accusation est-il déséquilibré ? Est-ce justifié ?

Il y répond par l'idée générale d'un développement des droits de la défense. Mais ses réponses ne se limitent pas à une liste de nouveaux droits, il les justifie par l'accroissement de deux principes processuels fondamentaux : le contradictoire<sup>6</sup> et l'égalité des armes<sup>7</sup>. Sans les dénommer expressément, il se fonde alternativement sur les progrès de l'un et l'autre pour renforcer les droits de la défense.

Pourquoi se fonde-t-il exclusivement sur ces principes ? D'autres principes généraux du droit comme l'indépendance et l'impartialité du juge, la présomption d'innocence ou encore la

---

<sup>2</sup> Audition de F. Burgaud, juge d'instruction près le TGI de Boulogne-sur-Mer, *ibid.* *idem.* p.515 et s.

<sup>3</sup> Audition de G. Canivet, Premier président de la Cour de cassation, *ibid.* *idem.* p.1603.

<sup>4</sup> Discours de J-L Nadal, Procureur général devant la Cour de cassation lors de l'audience solennelle de début d'année judiciaire, le 06 janvier 2006.

Disponible sur : [http://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_publications\\_documentation\\_2/publications\\_cour\\_26/em\\_rapport\\_annuel\\_em\\_36/rapport\\_2005\\_582/deuxieme\\_partie\\_discours\\_585/lors\\_audience\\_7798.html](http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_publications_documentation_2/publications_cour_26/em_rapport_annuel_em_36/rapport_2005_582/deuxieme_partie_discours_585/lors_audience_7798.html)

[consulté le 08/07/2007]

<sup>5</sup> Loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne ; Loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure ; Loi n° 2002-307 du 4 mars 2002 complétant la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes ; Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice ; Loi n° 2003-88 du 3 février 2003 visant à aggraver les peines punissant les infractions à caractère raciste, antisémite ou xénophobe ; Loi n° 2003-87 du 3 février 2003 relative à la conduite sous l'influence de substances ou plantes classées comme stupéfiants ; Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure ; Loi constitutionnelle n° 2003-267 du 25 mars 2003 relative au mandat d'arrêt européen ; Loi n° 2003-495 du 12 juin 2003 relative à la lutte contre la violence routière ; Loi n° 2004-204 du 09 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité ; Loi n° 2004-669 du 09 juillet 2004 sur les communications électroniques ; Loi n° 2004-801 du 06 août 2004 sur les données à caractère personnel ; Loi n° 2005-847 du 26 juillet 2005 sur le déroulement de l'audience d'homologation de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité ; Loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 sur le traitement de la récidive des infractions pénales ; Loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme.

<sup>6</sup> « L'évolution de la procédure pénale n'encourage pas les relations sereines dans l'exercice du principe du contradictoire ».

<sup>7</sup> « Il serait donc opportun de procéder à un rééquilibrage des droits de la défense ».

loyauté des moyens de preuves influencent également les droits de la défense. Pour quelle(s) raison(s) les droits de la défense entretiennent-ils des liens si particuliers avec les principes du contradictoire et de l'égalité des armes ? Quelle est la nature de leurs relations ? Comment les droits de la défense interagissent avec les principes du contradictoire et de l'égalité des armes au sein du procès pénal ? Telles sont les questions que la présente étude se propose d'examiner.

**3.** La notion de droits de la défense est universellement partagée et appliquée par l'ensemble des acteurs au procès dans tous les systèmes judiciaires. Pour autant, les difficultés relatives à son appréhension demeurent.

Comment peut-on appréhender de manière dynamique les caractéristiques des droits de la défense ? Comment peut-on examiner leur évolution et leur mode de fonctionnement sans succomber à l'écueil d'une litanie descriptive ? Nous proposons l'examen des droits de la défense sous l'angle des principes du contradictoire et de l'égalité des armes.

Ce choix n'est pas innocent. Depuis toujours, le contradictoire est un principe consubstantiel aux droits de la défense. On peut parfois les confondre, mais le principe sert principalement d'outil fonctionnel aux droits, il favorise leur exercice. De son côté, l'égalité des armes est un principe européen récent, auquel on reconnaît une légitimité croissante au sein de notre procédure pénale. Il représente également un outil fonctionnel des droits. À la différence du contradictoire, il permet leur application dans d'autres compartiments de la procédure. Au surplus, l'exercice des principes favorise l'évolution de droits reconnus en théorie vers des droits concrets, et exercés en pratique.

**4.** L'examen systémique des droits sous l'angle des principes a pour but de définir les droits de la défense, d'explicitier leur fonctionnement dans le procès pénal et d'apprécier leur développement dans le temps.

À partir du postulat selon lequel l'exercice des principes garantit l'application des droits, en mesurant l'intensité des principes, on en déduit la force des droits. *A priori*, les principes et les droits évoluent continuellement, à la fois dans le temps et dans l'espace. Selon les phases procédurales, les enjeux et les contingences, on remarque des variations de densité au sein des droits de la défense.

L'étude systémique des droits sous l'angle des principes permet en outre d'envisager le développement des principes dans les phases du procès les plus critiques. Ils peuvent servir de fondements à de nouveaux droits de la défense. La relation cyclique des droits et des principes justifie ainsi parfaitement notre approche systémique.

**5.** Avant de poursuivre notre réflexion, il importe de délimiter strictement le sujet en définissant chacune des notions (I). De cette opération de délimitation dépend la formulation des hypothèses et de la problématique (II). Ces dernières justifient la méthode employée pour les mettre à l'épreuve (III) et le plan de thèse introduit au terme de ces observations préliminaires (IV).

## **Section 1 – Les notions**

**6.** Pour une meilleure appréhension et délimitation de notre sujet, il convient de définir successivement les trois principaux termes de notre sujet : les droits de la défense (§1), le principe du contradictoire (§2) et le principe de l'égalité des armes (§3).

## § 1 – Les droits de la défense

7. Connoté pénalement, les droits de la défense sont en réalité une notion de droit processuel (A). Ils transcendent horizontalement toutes les branches du droit. Utilisés et reconnus par tous comme une valeur fondamentale du procès issu du droit naturel (B), ils posent néanmoins un problème d'appréhension (C).

### A – Une notion de droit processuel

8. L'analyse de chacun des sèmes de la notion « droits de la défense » est intéressante. Elle révèle certaines de ses caractéristiques.

Littéralement, le terme droit – du latin *directum* qui signifie ce qui est juste – constitue la faculté d'accomplir quelque chose, d'exiger quelque chose d'autrui, en vertu de règles reconnues, individuelles ou collectives ; c'est un pouvoir, une autorisation.

Dans son acception juridique, le droit c'est l'ensemble des règles régissant la vie en société et sanctionnées par la puissance publique.

Dans son sens subjectif, il constitue une prérogative attribuée à un individu dans son intérêt, permettant de jouir d'une chose, d'une valeur ou d'exiger d'autrui une prestation.

Ensuite, le terme de défense – du latin *defensa*, du verbe *defendere* – se caractérise par un double aspect, voire une ambiguïté sémantique. Il peut signifier à la fois l'interdiction, la prohibition et la protection ou la sauvegarde.

Dans un cadre judiciaire, l'action de se défendre en justice peut se résumer à faire valoir devant le juge ses droits ou ses intérêts – comme demandeur ou défendeur – soit par soi-même, soit par représentation selon ce que la loi permet ou ordonne.

9. Historiquement, les auteurs définissent les droits de la défense exclusivement sous un angle pénal. Dans le Vocabulaire juridique d'Henri Capitant de 1930, les droits de la défense se définissent comme : « *l'ensemble des droits reconnus à la personne inculpée en vue de lui permettre de préparer et de présenter sa défense...* ».

Plus tard, dans l'épigone de cet ouvrage<sup>8</sup>, sous la direction de Gérard Cornu, les auteurs procèdent à la distinction des droits selon qu'il s'agisse de la matière pénale<sup>9</sup> ou de la matière civile<sup>10</sup>.

Avec le développement des autres branches du droit, la fausse idée selon laquelle les droits de la défense appartiennent exclusivement à la procédure pénale dépérit progressivement au profit d'une évidence, aujourd'hui incontestée et reconnue de tous, les droits de la défense transcendent les branches du droit. Ils constituent un élément intangible du procès.

---

<sup>8</sup> CORNU, Gérard. *Vocabulaire juridique*. Coll. Quadrige, 7<sup>e</sup> Éd. PUF, 2005.

<sup>9</sup> « Ensemble des prérogatives qui garantissent à l'inculpé la possibilité d'assurer effectivement sa défense dans le procès pénal et dont la violation constitue une cause de nullité de la procédure même si cette sanction n'est pas expressément attachée à la violation d'une règle légale. Expl : le droit à l'assistance d'un avocat, information de la procédure, contradictoire des débats... ».

<sup>10</sup> « Ensemble des garanties fondamentales dont jouissent des plaideurs dans le procès civil pour faire valoir leurs intérêts, au rang desquelles figurent pour l'essentiel le principe du contradictoire et la liberté de la défense ; en usage dans la doctrine et la pratique, l'expression a été abandonnée en raison de sa connotation pénale (défense accusation) par le NCPC qui en a consacré la substance dans les principes directeurs du procès ».

En droit civil<sup>11</sup>, en droit administratif<sup>12</sup>, en droit du travail ou encore en droit de la concurrence<sup>13</sup>, ils sont présents dans tous les contentieux. Ils appartiennent à ce qu'il faut appeler plus largement le droit processuel, qui recueille les éléments communs à toutes les procédures<sup>14</sup>. Ils « *correspondent à une exigence supérieure de l'idéal de justice* »<sup>15</sup> et participent de « *ce fond commun à tout procès à travers les âges, depuis le droit romain* »<sup>16</sup>, ils constituent un principe de droit processuel.

Toutefois, en raison de leur trop forte connotation pénale, certains auteurs<sup>17</sup> préfèrent le vocable du principe du contradictoire aux droits de la défense lorsqu'il s'agit de traiter de la procédure civile. En effet, l'exercice des droits de la défense au pénal renvoie l'image d'un procès déséquilibré entre des parties inégales, or, tel n'est pas l'esprit du Code de procédure civile. Au surplus, de nombreuses manifestations des droits de la défense peuvent être considérées comme des applications du principe du contradictoire. Enfin, certains droits de la défense sont spécifiques à la matière pénale et ignorés de la procédure civile, du fait de l'équilibre initial entre les parties au procès.

En ce qui concerne notre étude, nous nous limiterons exclusivement au champ pénal qui constitue déjà à lui seul un vaste champ de recherche.

## B – Une valeur fondamentale issue du droit naturel

**10.** Peu prolixes sur le fondement et l'origine des droits de la défense, la doctrine classique leur reconnaît une valeur fondamentale selon « *une démarche axiologique qui consiste à reconnaître l'existence de principes supérieurs, justifiant les règles positives et ne tolérant pas d'atteinte, car ils constituent les valeurs fondamentales du système juridique. Leur supériorité est d'évidence. Et, il est acquis que les droits de la défense appartiennent à ces derniers principes* »<sup>18</sup>.

---

<sup>11</sup> **WIEDERKEHR**, Georges. *Droits de la défense et procédure civile*. D. 1978, chron. n°8, p.36 ; **BOLARD**, Georges. *Les principes directeurs du procès civil : Le droit positif depuis Henri Motulsky*. JCP 1993, I, 3693. **BOLARD**, Georges. *Les juges et les droits de la défense, en procédure civile*. in Mélanges Pierre Bellet, 1991, p.49 ; **VINCENT**, Jean., **GUINCHARD**, Serge. *Procédure civile*. 27<sup>e</sup> Éd. Dalloz, 2003, p.543 et s. ; **NORMAND**, Jacques. *Le rapprochement des procédures civiles à l'intérieur de l'Union européenne*. Mélanges Roger Perrot, Éd. Dalloz, 1995, p.337.

<sup>12</sup> **BRETON**, Jean-Marie. *Le conseil d'Etat et le principe du contradictoire : Réflexions sur les méthodes du juge administratif et les exigences procédurales*. PA du 12 février 1997, p.11.

<sup>13</sup> **BOULOC**, Bernard. *Les droits de la défense dans la procédure pénale applicable en matière de concurrence*. Rev. sc. crim. 1982, p.513 ; **PLIAKOS**, Asteris. *Les droits de la défense et le droit communautaire de la concurrence*. Bruylant Bruxelles, 1987, p.295.

<sup>14</sup> **BARANES**, William., **FRISON-ROCHE**, Marie-Anne., **ROBERT**, Jacques-Henri. *Pour le droit processuel*. D. 1993, chron. p.9 et s. ; **FRISON-ROCHE**, Marie-Anne. *Vers le droit processuel économique*. Justices, n°1, Dalloz 1995, p.91 et s.

<sup>15</sup> **GUIDICELLI-DELLAGE**, Geneviève. *Les droits de la défense*. in Dictionnaire de la justice. (dir.) **CADIET**, Loïc. Éd. PUF, 2004, p.364.

<sup>16</sup> **GUINCHARD**, Serge., **LAGARDE**, Xavier., **DOUCHY-OUDOT**, Mélina et al. *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*. Coll. Précis Dalloz, 4<sup>e</sup> Éd. 2007.

<sup>17</sup> « *Les droits de la défense ne sont pas un principe directeur de l'instance au sens du Nouveau Code de procédure civile* ». **CADIET**, Loïc. *Découvrir la justice*. Éd. Dalloz, 1997 ; **GUIDICELLI-DELLAGE**, Geneviève. *op. cit.* ; **GUINCHARD**, Serge., **LAGARDE**, Xavier., **DOUCHY-OUDOT**, Mélina et al. *op. cit.* p.782 et s.

<sup>18</sup> **CABRILLAC**, Rémy., **FRISON-ROCHE**, Marie-Anne., **REJET**, Thierry (dir). *Libertés et droits fondamentaux*, 9<sup>e</sup> Éd., 2003, p.470.

Ainsi, Ortolan écrit en 1855 : « *ni autrefois, ni aujourd'hui, le droit de défense n'est formulé en une déclaration générale de principe, mais il est l'âme du système accusatoire ; c'est un droit qui n'a besoin d'être écrit nulle part pour appartenir à tous. Sans ce droit exercé largement et librement, la justice pénale n'est pas justice, elle est oppression* »<sup>19</sup>.

Parmi d'autres, Faustin Hélie<sup>20</sup> et Jacques Léauté<sup>21</sup> adoptent une position analogue. Seul Henri Motulsky, suite à une réflexion sur l'influence du droit naturel dans la pratique jurisprudentielle, parvient à réaliser un travail de fond sur l'étiologie des droits de la défense. Dans une contribution devenue célèbre<sup>22</sup>, il démontre, à partir des travaux de recherche de G. del Vecchio<sup>23</sup>, le rattachement des droits de la défense au droit naturel, c'est-à-dire des principes immuables, découverts par la raison, permettant d'éprouver la valeur des règles de conduite positives admises par le droit objectif.

Pour lui, « *le respect des droits de la défense constitue une donnée de droit naturel [...] et si aucun texte actuel n'ordonne le respect des droits de la défense, il n'empêche que le principe est unanimement considéré comme " fondamental "*<sup>24</sup>, « *immuable "*<sup>25</sup>, « *constituant " la garantie nécessaire d'une bonne justice "*<sup>26</sup> ». Dans le même sens, G. del Vecchio estime que « *le respect des droits de la défense appartient à la conscience commune avant même d'appartenir à la science juridique* »<sup>27</sup>. Aujourd'hui, « *le respect des droits de la défense, quelle que soit la juridiction devant laquelle il se déroule, correspond à une exigence européenne de l'idéal de justice... On est bien ici dans le champ d'un droit naturel exprimant les règles éternelles et immuables* »<sup>28</sup>.

**11.** Les droits de la défense sont un principe de droit naturel reconnu par l'ensemble des institutions judiciaires nationales, européennes et internationales.

La Déclaration universelle des droits de l'homme<sup>29</sup> de 1948, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales<sup>30</sup> de 1950, le Pacte

---

<sup>19</sup> **ORTOLAN**, Joseph-Louis-Elzéar. *Éléments de droit pénal. Pénalité. Juridictions. Procédure*. Éd. Plon, 1855, n° 1853, p.869.

<sup>20</sup> « *La défense des accusés n'est ni un privilège établi par la loi, ni une mesure conseillée par l'humanité, elle est un droit naturel que la loi positive peut régler, mais qu'elle ne peut détruire. Elle est instituée, non seulement dans l'intérêt des accusés, mais dans l'intérêt de la justice, car il n'y a pas de justice là où la défense n'est pas entière et où il n'y a pas certitude de la vérité* ». **HELIE**, Faustin. *Code d'instruction criminelle*. Pratique criminelle des Cours et Tribunaux, 1951, p.184.

<sup>21</sup> « *Toutes les formalités protectrices des droits de la défense ne sont pas inscrites dans les textes ; certaines d'entre elles s'imposent dans le silence de la loi, parce que le droit d'une nation civilisée ne saurait les exclure. Elles sont rendues nécessaires par les principes supérieurs de justice et d'équité dont la législation est l'application et dont elle implique l'admission* ». **LEAUTE**, Jacques. *Les principes généraux relatifs aux droits de la défense*. Rev. sc. crim. 1953, p.47 et s.

<sup>22</sup> **MOTULSKY**, Henri. *Le respect des droits de la défense en procédure civile*. Mélanges Paul Roubier, 1961, p.175 et s.

<sup>23</sup> **Del VECCHIO**, Giorgio. *La justice – la vérité*. Essai de philosophie et morale, Paris, Éd. Dalloz, 1955.

<sup>24</sup> **MOREL**, René-Lucien. *Traité élémentaire de procédure civile*. 2<sup>nd</sup> Éd. Sirey, 1949, n°426.

<sup>25</sup> **CORNU**, Gérard., **FOYER**, Jean. *Procédure civile*. Coll. Thémis, Éd. PUF, 1958, p.373.

<sup>26</sup> **VIZIOZ**, Henri. *Études de procédure*. Bière, 1956, n°240, p.449.

<sup>27</sup> **Del VECCHIO**, Giorgio. *La justice – la vérité*. Essai de philosophie et morale, Paris, Éd. Dalloz, 1955, p.129.

<sup>28</sup> **OPPETIT**, Bruno. *Philosophie du droit*. Éd. Dalloz 1999, p.117.

<sup>29</sup> Art. 8 DUDH « *Toute personne a droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus par la constitution ou par la loi* ».

Disponible sur : <http://www.un.org/french/aboutun/dudh.htm> [consulté le 08/07/2007]

<sup>30</sup> Art. 6 § 1 et 3 de la CEDH « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui*

international relatif aux droits civils et politiques<sup>31</sup> de 1966, le Statut de Rome de la Cour pénale internationale<sup>32</sup> de 1998 et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne<sup>33</sup> en 2000, reconnaissent une valeur fondamentale aux droits de la défense.

La jurisprudence des juridictions internationales<sup>34</sup> comme les Tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* ou la Cour pénale internationale<sup>35</sup>, ou encore la jurisprudence des institutions européennes comme la Cour européenne des droits de l'homme<sup>36</sup> ou la Cour de

---

*décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle.*

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 ».

Disponible sur : <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/086519A8-B57A-40F4-9E22-3E27564DBE86/0/French/Fran%C3%A7ais.pdf> [consulté le 08/07/2007]

<sup>31</sup> Art. 5 § 2 du Pacte international « Il ne peut être admis aucune restriction ou dérogation aux droits fondamentaux de l'homme reconnus ou en vigueur dans tout pays en vertu de lois, de conventions, de règlements ou de coutumes, sous prétexte que le présent Pacte ne les reconnaît pas ou les reconnaît à un moindre degré ».

Disponible sur : [http://www.unhchr.ch/french/html/menu3/b/a\\_cescr\\_fr.htm](http://www.unhchr.ch/french/html/menu3/b/a_cescr_fr.htm) [consulté le 08/07/2007]

<sup>32</sup> Art. 55 et 67 du Statut de Rome proclament et protègent les droits des personnes déférées devant la Cour à toutes les phases de la procédure, à savoir dans le cadre des enquêtes (article 55), de l'examen des charges (article 67) et de toutes les autres étapes de procédure.

Disponible sur : [http://www.icc-cpi.int/library/about/officialjournal/Rome\\_Statute\\_French.pdf](http://www.icc-cpi.int/library/about/officialjournal/Rome_Statute_French.pdf) [consulté le 08/07/2007]

<sup>33</sup> Art. 47 à 50 de la Charte des droits fondamentaux, spé. art. 48-2 « Le respect des droits de la défense est garanti à tout accusé ».

Disponible sur : [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/fr/oj/2000/c\\_364/c\\_36420001218fr00010022.pdf](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/fr/oj/2000/c_364/c_36420001218fr00010022.pdf) [consulté le 08/07/2007]

<sup>34</sup> Exemple de jurisprudence : T.P.I.Y., Ch. II du 25 septembre 1996, Aff. Z. *Deadic et al.*, IT-96-21-T. Décision tendant à obtenir les documents dans la langue de l'accusé ; T.P.I.Y., du 29 mai 1996, Aff. *Erdemovic*, IT-96-22-I. À propos de la désignation d'un avocat commis d'office qui ne parlait ni l'anglais ni le français, il lui était difficile d'assurer la défense de l'accusé. V. ASCENSIO, Hervé. DECAUX, Emmanuel. PELLET, Alain. (dir). *Droit international pénal*. CEDIN Paris X, Éd. Pedone, 2000, spé. Chap. 64 et 65, pp.785-805.

Disponible sur : <http://www.un.org/icty/glance/procfact-f.htm> [consulté le 08/07/2007]

<sup>35</sup> BIJU-DUVAL, Jean-Marie. *La défense devant la Cour pénale internationale*. AJ pénal 2007, p.257 ; Acte du colloque de l'Université d'Evry-Val d'Essonne et du CREDHO, le 24 octobre 2003, intitulé : *Actualité de la jurisprudence pénale internationale : à l'heure de la mise en place de la Cour pénale internationale*. TAVERNIER, Paul. (dir.), Éd. Bruylant, 2004.

<sup>36</sup> Exemple de jurisprudence parmi de nombreux arrêts : CEDH du 08 février 1996, Aff. *Murray c/Royaume-Uni*, req. n°18731/91 ; JCP 1997, I, 4000, obs. F. Sudre. Décision sur le droit de ne pas s'incriminer ; CEDH du 23 novembre 1993, Aff. *Poirimol c/France*, Série A, n°277-A ; Rev. sc. crim. 1994, obs. R. Koering-Joulin, p.362 et s. Décision sur le droit d'être effectivement défendu. V. BERGER, Vincent. *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*. 10<sup>e</sup> Éd. Dalloz, 2007, p.346 et s. ; SUDRE, Frédéric., MARGUENAUD, Jean-Pierre., ANDRIANTSIMBAZOVINA, Joël., et al. *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*. Coll. Thémis, 4<sup>e</sup> Éd. PUF, 2007, p.360 et s.

Disponible sur : <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr> [consulté le 08/07/2007]

justice des communautés européennes<sup>37</sup>, appliquent et garantissent au quotidien les droits de la défense dans les procédures qui leur sont respectivement dévolues.

Au plan national, la doctrine reconnaît la cognation des droits de la défense avec le droit naturel depuis une ancienne et respectable jurisprudence. Dans un arrêt du 07 mai 1828<sup>38</sup>, la chambre civile de la Cour de cassation affirme que « *la défense étant un droit naturel, nul ne peut être condamné sans être interpellé, mis en demeure et défendu* ». Par la suite, à plusieurs reprises<sup>39</sup>, elle se réfère expressément au droit de la défense comme « *un droit naturel* ».

En matière administrative, le Conseil d'État attribue aux droits de la défense la qualité de « *principe général du droit opposable à l'administration* »<sup>40</sup>. Et le Conseil constitutionnel les qualifie de « *principes fondamentaux reconnus par les lois de la République* »<sup>41</sup>. Le Conseil n'a pas, à ce jour, indiqué les lois qui reconnaissent le principe de respect des droits de la défense, ni donné une liste exhaustive de ces droits. Il faut se référer à sa nombreuse jurisprudence<sup>42</sup>. Ainsi, les droits de la défense acquièrent une valeur constitutionnelle que l'on décèle en filigrane dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen<sup>43</sup> de 1789.

Plus récemment, sous l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et du Conseil constitutionnel, notre législateur a fini par les inscrire en droit interne. En prescrivant que « *la procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties* » dès l'article préliminaire du Code de procédure pénale, il n'a pas seulement tenu à reconnaître aux droits de la défense la valeur de principes directeurs du procès pénal<sup>44</sup> – à l'image de notre Code de procédure civile –, il a également souhaité faire de ce texte un moyen pour « *faciliter l'interprétation et l'application du Code de*

---

<sup>37</sup> Exemple de jurisprudence : CJCE du 27 février 2007, Aff. *Gestoras Pro Amnistía c/ Conseil*, C-354/04 P. Décision sur le droit à une protection juridictionnelle effective et les voies de recours ; CJCE du 25 janvier 2007, Aff. *Dalmine Spa c/ Commission*, C-407/04P. Décision sur des éléments de preuve anonymes.

Disponible sur : <http://eur-lex.europa.eu/fr/index.htm> [consulté le 08/07/2007]

<sup>38</sup> Cass. civ. 2<sup>e</sup> 07 mai 1828, Sirey 1828, I, p.193.

<sup>39</sup> Cass. civ. 2<sup>e</sup> 19 décembre 1955, Bull. civ. n°600 ; Cass. civ. 2<sup>e</sup> 17 juillet 1958, Bull. civ. n°933 ; Cass. com. 04 novembre 1987, JCP 1988, II, 21087, obs. L. Cadiet.

<sup>40</sup> CE, Sect., 05 mai 1944, *Dame veuve Trompier-Gravier*. Rec. Lebon, p.133.

Disponible sur : [http://www.conseil-etat.fr/ce/jurisp/index\\_ju\\_la27.shtml](http://www.conseil-etat.fr/ce/jurisp/index_ju_la27.shtml) [consulté le 08/07/2007]

<sup>41</sup> Cons. const. 02 décembre 1976, n°76-70 DC. Rec. p.39 ; RJC, I, p.41 ; Rev. sc. crim. 1978, p.257, chron. Y. Reinhard ; Cons. const. 19-20 janvier 1981, n°80-127 DC. Rec. p.15 ; RJC, I, p.91 ; JCP 1981, II, 19701, note C. Franck ; D. 1981, jurisp. p.101, note J. Pradel ; D.1982, jurisp. p.441, note A. Dekeuwer ; Cons. const. 02 février 1995, n°95-360 DC. Rec. p.195 ; RJC, I, p.632 ; D. 1995, p.201, chron. J. Volff ; Gaz. Pal. du 10 juin 1998, Doct. p.2, obs. M-H. Renaut.

Disponible sur : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/general/decision.htm> [consulté le 08/07/2007]

<sup>42</sup> Pour une liste exhaustive des décisions, V. **GUINCHARD**, Serge., **BUISSON**, Jacques. *Procédure pénale*. 3<sup>e</sup> Éd. Litec, 2005, p.366 ; **FAVOREU**, Louis. *Droit constitutionnel*. Éd. Dalloz, 1998, n°1344-1345.

<sup>43</sup> Art. 7 DDHC « *Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la Loi, et selon les formes qu'elle a prescrites* » ; Art. 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* ».

Disponible sur : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/textes/d1789.htm> [consulté le 08/07/2007]

<sup>44</sup> Proposition déjà formulée en 1990 par Mireille Delmas-Marty. in *Rapport sur la mise en état des affaires pénales*. Commission justice pénale et droit de l'homme, La Documentation française, 1991 ; **LAZERGES**, Christine. *Le renforcement de la protection de la présomption d'innocence et des droits des victimes : histoire d'une navette parlementaire*. Rev. sc. crim. 2001, p.8 ; Rev. sc. crim. 2003, p.122 et s. chron. de jurisprudence, obs. A. Guidicelli. Contra. **PRADEL**, Jean. *Les personnes suspectes ou poursuivies après la loi du 15 juin 2000. Évolution ou révolution ?* D. 2001, chron. p.1040 ; Rev. sc. crim. 2001, p.193 et s. chron. de jurisprudence, obs. B. Bouloc.



*procédure pénale* »<sup>45</sup>. Pour reprendre une formule de Jean Carbonnier, l'article préliminaire en constitue « l'âme ».

Présent à chaque échelon de notre pyramide normative, dans les autres systèmes pénaux européens ainsi que dans les instances européennes et internationales, il y a indéniablement de l'universalisme dans les droits de la défense<sup>46</sup>.

### C – Une définition problématique

**12.** La première difficulté que soulèvent les droits de la défense est, sans nul doute, celle de leur définition<sup>47</sup>. Jusqu'à récemment, la plupart des traités et des manuels de procédure pénale à disposition des étudiants ne consacraient aucun développement spécifique aux droits de la défense<sup>48</sup>. Ils étaient absents de la table des matières et très rarement présents dans l'index. Depuis les lois de 1993 et 2000<sup>49</sup>, les auteurs ne peuvent plus ne pas traiter des droits de la défense<sup>50</sup>. Toutefois, rares sont ceux qui en donnent une définition.

**13.** Durant les années quatre-vingt-dix, les auteurs définissent essentiellement les droits de la défense sous l'angle de l'inculpé<sup>51</sup>.

Pour Gérard Cornu, il s'agit de « *l'ensemble des prérogatives qui garantissent à l'inculpé la possibilité d'assurer effectivement sa défense dans le procès pénal et dont la violation constitue une cause de nullité de la procédure même si cette sanction n'est pas expressément attachée à la violation d'une règle légale. Expl : le droit à l'assistance d'un avocat, information de la procédure, contradictoire des débats...* »<sup>52</sup>.

Pour Jean Pradel<sup>53</sup>, « *au sens large, il inclut toutes les règles qui tendent à protéger le suspect, la personne mise en examen, l'accusé ou le prévenu contre l'arbitraire ou l'excès de zèle des autorités (règles régissant la garde à vue ou interdisant l'obtention des preuves ou imposant au juge l'obligation de motiver sa décision).*

<sup>45</sup> Rapport du Sénat n°283 par C. Jolibois, annexe au procès-verbal de la séance du 22 mars 2000, p.29 ; V. Annales de la Faculté de droit d'Avignon, 2000, p.43, obs. E. Putman.

Disponible sur : <http://www.senat.fr/rap/199-283/199-2831.pdf> [consulté le 08/07/2007]

<sup>46</sup> **PETTITI**, Louis-Edmond. *L'évolution de la défense et du droit de la défense à partir de la Déclaration universelle des droits de l'homme*. RTDH 2000, p.5.

<sup>47</sup> **CABRILLAC**, Rémy., **FRISON-ROCHE**, Marie-Anne., **REJET**, Thierry (dir). *Libertés et droits fondamentaux*, 9<sup>e</sup> Éd., 2003, p.469.

<sup>48</sup> **BOUZAT**, Pierre., **PINATEL**, Jean. *Traité de droit pénal et de criminologie*. 2<sup>nd</sup> Éd. Dalloz, t. 2, 1970 ; **MERLE**, Roger., **VITU**, André. *Traité de droit criminel. Procédure pénale*. 4<sup>e</sup> Éd. Cujas, 1989 ; **PRADEL**, Jean. *Procédure pénale*. 9<sup>e</sup> Éd. Cujas, 1997 ; **CONTE**, Philippe., **MAISTRE du CHAMBON**, Patrick. *Procédure pénale*. 4<sup>e</sup> Éd. Armand Colin, 2002 ; **LEVASSEUR**, Georges., **CHAVANNE**, Albert., **MONTREUIL**, Jean et al. *Droit pénal général et procédure pénale*. 14<sup>e</sup> Éd. Sirey, 2002.

<sup>49</sup> Loi n° 93-2 du 04 janvier 1993 portant sur la réforme de la procédure pénale ; Loi n° 93-1013 du 24 août 1993 portant sur la réforme de la procédure pénale ; Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes.

Disponible sur : <http://www.legifrance.gouv.fr> [consulté le 08/07/2007]

<sup>50</sup> **BENZIMRA-HAZAN**, Jérôme. *Dictionnaire des droits fondamentaux*. **CHAGNOLLAUD**, Dominique., **DRAGO**, Guillaume. (dir.) Éd. Dalloz, 2006, p.216 et s.

<sup>51</sup> Terme remplacé par celui de mis en examen (art. 46 de la loi n° 93-1013 du 24 août 1993)

<sup>52</sup> La définition de 1990 est restée inchangée. **CORNU**, Gérard. *Vocabulaire juridique*. Coll. Quadrige, 7<sup>e</sup> Éd. PUF, 2005.

<sup>53</sup> **PRADEL**, Jean. *Procédure pénale*. 9<sup>e</sup> Éd. Cujas, 1997, n°464, p.537.

*Dans un sens plus étroit, qui intéresse la seule phase de l'instruction, les droits de la défense comprennent deux prérogatives : le droit à l'assistance d'un avocat et le droit de participer à l'instruction ».*

Ces premières définitions semblent limiter les droits de la défense à la phase préparatoire du procès pénal. Même s'il concède qu'au sens large, ils s'exercent sur l'ensemble du procès pénal, *a contrario*, il laisse penser qu'en dehors de cette période privilégiée, les droits de la défense ne sont plus garantis. Et n'était-ce pas effectivement le cas avant les lois de 1993 et 2000 ?

Très rapidement, les auteurs ne circonscrivent plus les droits de la défense aux seules instances judiciaires (instruction et jugement) mais à l'ensemble du procès pénal.

Dans leur ouvrage<sup>54</sup>, messieurs Stéfani, Levasseur et Bouloc précisent – sans pour autant définir la notion – que « *le législateur a institué toute une série de mesures destinées à assurer le respect des droits de la défense aussi bien en phase préliminaire (articles 56, 56-1, 57, 59, 63, 63-1, 63-2, 63-3, 63-4, 64, 76, 77, 78-3 CPP) que pendant la phase de l'instruction (articles 81, 82-1, 94, 96, 97, 100, 100-2, 100-7, 104,105, 114,116, 167 et 171 CPP) ainsi que pendant la phase jugement (interrogatoire à l'audience, audition des témoins, plaidoirie de l'avocat, article 346 CPP afin d'avoir la parole en dernier) ».*

Dans l'épigone de son ouvrage<sup>55</sup>, Jean Pradel convient également que les droits de la défense s'exercent tout au long du procès. Pour Marie-Anne Frison-Roche<sup>56</sup>, ils peuvent se définir comme « *des droits que possède toute personne pour se protéger de la menace que constitue pour elle un procès* ». Définitivement, ils s'inscrivent dans le procès pénal, mais existent-ils en dehors de l'instance ?

Selon Dominique Lefort, « *les droits de la défense prennent place dans un ensemble de règles de fond et de procédure destinées à protéger toute personne physique ou morale menacée de sanctions* »<sup>57</sup>.

S'il faut en effet convenir que les droits de la défense s'exercent principalement tout au long du procès pénal – comprenant l'enquête, l'instruction et l'audience de jugement –, il nous semble réducteur de les circonscrire à ces seules phases. Avec, l'émergence des procédures alternatives aux poursuites en amont du procès et l'exécution des peines en aval, de nouveaux champs d'application se sont ouverts aux droits de la défense. Et, il serait inconcevable de les ignorer eu égard aux enjeux qui s'y déroulent en termes de défense.

Désormais, si l'on persiste à définir le procès pénal comme le champ d'application naturel des droits de la défense, il doit s'entendre dans le sens de la Cour européenne des droits de

---

<sup>54</sup> **BOULOC**, Bernard., **LEVASSEUR**, Georges., **STEFANI**, Gaston. *Procédure pénale*. Précis Dalloz, 19<sup>ième</sup> édition, 2004, n°35, p.30.

<sup>55</sup> Il définit les droits de la défense comme « *l'ensemble des prérogatives accordées à la personne pour lui permettre d'assurer la protection de ses intérêts tout au long du procès* ». in **PRADEL**, Jean. *Procédure pénale*. 11<sup>e</sup> Éd. Cujas, 2002, n°381, p.326.

<sup>56</sup> **CABRILLAC**, Rémy., **FRISON-ROCHE**, Marie-Anne., **REVET**, Thierry (dir). *Libertés et droits fondamentaux*, 9<sup>e</sup> Éd., 2003, p.469 et s.

<sup>57</sup> **LEFORT**, Dominique. *Les droits de la défense*. in la vie des affaires et la responsabilité pénale. Gaz. Pal. du 26 et 27 mars 1999, pp.29-32.

l'homme, c'est-à-dire en intégrant le droit pénitentiaire<sup>58</sup>, le droit disciplinaire en prison<sup>59</sup>, et les procédures alternatives aux poursuites<sup>60</sup>.

C'est dans ce cadre processuel élargi que messieurs Guinchard et Buisson<sup>61</sup> traitent des droits de la défense. À défaut d'une définition abstraite, ils illustrent leur contenu en reprenant la définition des droits à l'article 6 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme.

**14.** Alors, quelle définition faut-il retenir des droits de la défense ? Quelles caractéristiques ?

Pour J. Pradel, il s'agit avant tout de protéger l'individu des autorités. Pour M-L. Rassat<sup>62</sup>, c'est un droit de se défendre. Pour M-A Frison-Roche, c'est une protection contre la menace d'un procès et pour MM. Stéfani, Levasseur et Bouloc, c'est un droit de faire valoir librement ses moyens de défense contre les accusations portées à son encontre.

Indubitablement, il ressort comme trait caractéristique, la notion de protection de l'individu, dans le sens passif, défensif. Il s'agit de se protéger contre une menace, un danger, celui né d'une arrestation, du procès, du comportement de la partie adverse, le ministère public.

Rares sont les mentions faites à propos des droits de la défense dans un sens actif, dans lequel ils ont l'initiative de l'action, non pour se garantir d'une attaque de la partie adverse, mais dans le but de protéger ses intérêts, une sorte de défense positive comme peut l'être une demande d'investigations particulières au Juge d'instruction ou le droit d'interroger les témoins...

Si par nature les droits de la défense sont des moyens de défense, ils peuvent prendre également l'apparence de prérogatives, d'actions concrètes menées par la défense. Ainsi, la vision individualiste à laquelle appelle l'expression de « *droit de la défense* » doit sans doute être dépassée. En effet, la procédure n'est pas qu'une sorte de « *matelas de protection* » pour l'individu menacé : elle est aussi la méthode de réalisation du droit<sup>63</sup>.

**15.** Définitivement, les droits de la défense constituent une notion difficile à appréhender. Ils peuvent à la fois désigner l'ensemble des droits (contenant) et être utilisés en qualité d'hyperonyme, ou indiquer spécifiquement un droit (contenu) parmi l'ensemble. Ils dénomment à la fois la partie et le tout.

Par ailleurs, il serait fastidieux – et illusoire – d'établir une liste exhaustive de tous les droits de la défense lorsqu'on peut considérer qu'il s'agit d'une catégorie juridique ouverte dans laquelle le contenu évolue dans le temps.

---

<sup>58</sup> **HERZOG-EVANS**, Martine. *Les droits de la défense et la prison*. RTDH, n°45, janvier 2001, p.15 et s. ; **MAIL-FOUILLEUL**, Stéphane. *Les droits de la défense et le juge de l'application des peines*. Droit pénal, Février 2001, p.4 et s.

<sup>59</sup> **CERE**, Jean-Paul. *L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et le procès disciplinaire en prison*. JCP, I, 316, p.869 et s.

<sup>60</sup> **HADIDI**, Farida. *Les enjeux de la médiation pénale pour l'avocat*. in *La médiation pénale. Entre répression et réparation*. (dir.) **CARIO**, Robert., Coll. logiques juridiques, Éd. L'Harmattan, 1997, p.131.

<sup>61</sup> **GUINCHARD**, Serge., **BUISSON**, Jacques. *Procédure pénale*. 3<sup>e</sup> Éd. Litec, 2005, p.366 et s.

<sup>62</sup> D'après elle, la notion de droit de la défense est issue « *d'un ensemble de règles légales et jurisprudentielles qui assure que la personne poursuivie a été mise en mesure de se défendre dans les meilleures conditions possibles. Ce sont les règles protectrices de l'individu dans le cadre de la phase policière du procès et plus particulièrement les conditions dans lesquelles peut se dérouler une garde à vue ; ce sont aussi les règles relatives à l'assistance d'un avocat pour les différents actes d'instruction qui seront menés, ainsi que les conditions dans lesquelles il peut prendre connaissance du dossier...* » **RASSAT**, Michèle Laure. *Traité de procédure pénale*. Coll. Droit fondamental, Éd. PUF, 2001, n°9, p.26.

<sup>63</sup> **CABRILLAC**, Rémy., **FRISON-ROCHE**, Marie-Anne., **REJET**, Thierry. *Droits et libertés fondamentaux*, Sous la direction de. 4<sup>ième</sup> édition, 1997.

Au-delà de la recherche d'une définition abstraite des droits de la défense, il s'agit aussi et avant tout de les déterminer dans leurs modes de fonctionnement, leurs applications, leur effectivité, leur portée et leur limite. Seulement la complexité et la diversité intrinsèques du système des droits de la défense rendent extrêmement difficile leur lecture et leur analyse. Aussi, pour y parvenir plus facilement, il convient de les analyser selon un angle particulier : celui des principes du contradictoire et de l'égalité des armes<sup>64</sup>.

Avant de développer plus longuement la problématique de notre thèse, nous nous devons de définir les deux autres notions que sont le contradictoire et l'égalité des armes.

## § 2 – Le principe du contradictoire

16. Le principe du contradictoire est avant tout une notion de droit civil (A) parfaitement définie par la doctrine (B). Cette notion constitue essentiellement un moyen de protection contre des attaques juridiques et un moyen d'organisation du procès. Aujourd'hui, elle n'est plus exclusivement un principe directeur du procès civil. Elle est aussi reconnue comme telle dans le procès pénal (C).

### A – Une notion de droit civil

17. Le principe du contradictoire est une très ancienne notion de procédure civile. Littéralement, le terme contradictoire<sup>65</sup>, vient du latin *contradictio*, dérivé du verbe *contradicere* qui signifie contredire, dire le contraire, contester ou s'opposer.

Le sens commun du terme contradiction est très proche de son sens juridique : « *il exige qu'une personne mise en cause dans une procédure judiciaire soit en mesure de faire valoir les arguments en sa faveur, se protégeant ainsi contre la perspective d'une décision judiciaire défavorable* »<sup>66</sup>.

Historiquement, la contradiction se déduit de l'adage « *audiatur et altera pars* » ou de la maxime « *audi alteram partem* » que l'on peut traduire par : Entends l'autre partie.

Au cours de ses travaux de recherche, G. del Vecchio<sup>67</sup> découvre l'existence de ces adages à l'époque d'Hésiode et d'Aristophane avant d'en retrouver la forme latine dans la Médée de Sénèque : « *quicumque aliquid statuerit parte inaudita altera aequum licet statuerit haud aequus fecerit* »<sup>68</sup>. Aujourd'hui, il figure à l'article 14 du Nouveau Code de procédure civile en ces termes : « *Nulle partie ne peut-être jugée sans avoir été entendue ou appelée* ».

---

<sup>64</sup> C'est également sous cet angle qu'ils sont appréhendés en droit processuel. V. GUINCHARD, Serge., LAGARDE, Xavier., DOUCHY-OUDOT, Mélina et al. *op. cit.* p.782 et s.

<sup>65</sup> D'un point de vue purement sémantique, les auteurs et les commentateurs utilisent indistinctement les termes de contradictoire et de contradiction.

<sup>66</sup> FRISON-ROCHE, Marie-Anne. *Contradiction*. in Dictionnaire de la justice. (dir.) CADIET, Loïc. Éd. PUF, 2004, p.236.

<sup>67</sup> Del VECCHIO, Giorgio. *La justice – la vérité*. Essai de philosophie et morale, Paris, Éd. Dalloz, 1955.

<sup>68</sup> « *Qui, sans entendre l'autre partie, a statué dans le sens de l'équité n'en a pas moins statué contre l'équité* ». in la Médée de Sénèque, deuxième acte, scène II, v.199.

Disponible sur : [http://pot-pourri.fltr.ucl.ac.be/itinera/Enseignement/Glor2330/Seneque/Medee\\_liste.htm](http://pot-pourri.fltr.ucl.ac.be/itinera/Enseignement/Glor2330/Seneque/Medee_liste.htm) [consulté le 08/07/2007]

De la Grèce Antique à nos jours, le principe du contradictoire s'est imposé comme un élément fondamental de la procédure et du procès en « *posant que toute personne mise en cause et menacée d'un jugement doit être en mesure de faire valoir ses arguments préalablement* »<sup>69</sup>.

**18.** Traditionnellement, la doctrine associe la notion de contradiction au procès civil pour les raisons opposées à celles qui font qu'elle emploie les droits de la défense pour le procès pénal.

Le contradictoire est un mode d'organisation qui convient aux litiges civils parce qu'il permet l'opposition d'intérêts particuliers entre des parties de force égale. Le contradictoire organise très clairement à travers un débat une présentation de l'ensemble des thèses et des arguments qui s'opposent. L'égalité entre les parties permet la tenue d'un débat équitable et l'exercice du contradictoire favorise sa loyauté. Le demandeur et le défendeur sont bénéficiaires et débiteurs réciproques de la contradiction. Le litige est considéré comme la chose des parties dans le sens où le juge est passif dans la construction des preuves. Le contradictoire permet d'une part, aux personnes mises en cause de se défendre équitablement, et d'autre part, aux juges de s'approcher de la vérité à travers la confrontation des thèses.

En opposant un intérêt public et un intérêt particulier entre deux parties de force inégale, le procès pénal est également à la recherche de la vérité judiciaire. Cependant, il ne souhaite pas la faire dépendre du contradictoire. Pourquoi ? Parce que d'une part, elle est trop cruciale pour l'abandonner aux parties, et d'autre part, elle serait nécessairement inéquitable puisque les forces en présence sont inégales. En conséquence, il préfère organiser une enquête, une instruction sur les faits, et concéder à la défense d'autres moyens pour s'exprimer.

Ainsi, on associe le contradictoire au procès civil et les droits de la défense au procès pénal.

## **B – Une définition établie**

**19.** Contrairement aux droits de la défense, la définition du contradictoire est relativement bien établie<sup>70</sup>.

Selon H. Solus et R. Perrot<sup>71</sup> « *c'est le résultat d'une confrontation entre chacune des parties en cause, lesquelles doivent être à même de discuter librement devant leur juge les prétentions, moyens et arguments qui leur sont opposés* ».

La contradiction est la garantie fondamentale d'une justice saine, loyale et équitable. Non seulement la discussion contradictoire enrichit le débat dans la mesure où les objections exprimées par chacun fertilisent l'imagination de tous (parties et juge), mais surtout la contradiction prémunit les plaideurs contre tout effet de surprise qui ne permettrait pas à chacun d'exercer pleinement la défense de ses droits.

Pour G. Cornu et J. Foyer<sup>72</sup>, le principal apport de leur définition reste le critère de réciprocité du principe, pour chaque partie le contradictoire prend la forme d'un droit et d'une obligation. Selon eux, « *le principe de la contradiction confère le même droit élémentaire à chacune des parties adverses : celui d'être présent devant le juge et d'être en mesure de défendre ses*

---

<sup>69</sup> FRISON-ROCHE, Marie-Anne. *op. cit.*

<sup>70</sup> AUTESSERRE, Maryvonne. *Définition du principe du contradictoire en matière pénale.* in Problèmes actuels de science criminelle, Vol XII, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1999, p.101.

<sup>71</sup> SOLUS, Henri., PERROT, Roger. *Droit judiciaire privé, procédure de première instance.* Éd. Sirey, t. 3, 1991, p.112.

<sup>72</sup> CORNU, Gérard., FOYER, Jean. *Procédure civile.* Coll. Thémis, Éd. PUF, 1996, p.466.

intérêts. Il est donc placé sous le signe de l'égalité des adversaires, et garantit à chacun la faculté de se défendre ».

Dans l'ouvrage de J. Vincent et S. Guinchard<sup>73</sup>, ils définissent le contradictoire comme : « le droit pour toute partie au procès d'avoir, d'une manière permanente, une parfaite connaissance des prétentions de son adversaire, de son argumentation, des moyens qu'il invoque, des preuves qu'il apporte. Elle doit être, à tout moment en mesure de connaître et de discuter librement tous les éléments du débat que fournit l'autre partie ».

Claire, concise et précise, cette définition évolue au cours des rééditions. Aujourd'hui, « le contradictoire est un principe naturel de l'instance que chaque partie soit en mesure de discuter les prétentions, les arguments et les preuves de son adversaire »<sup>74</sup>.

Une partie des auteurs privilégie une approche plus textuelle du contradictoire. Dans leur ouvrage général de Droit judiciaire privé<sup>75</sup>, L. Cadiet et J. Héron ne donnent pas véritablement de définition du contradictoire, sauf à retenir celle de l'article 14 du Nouveau Code de procédure civile : « Nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée ».

Par ailleurs, L. Cadiet souligne que ce qui compte est moins la réalité de la contradiction que la possibilité même de contredire. Il rejoint H. Solus et R. Perrot sur la portée du principe : « la fonction du contradictoire n'est pas seulement de protéger les personnes dont les intérêts peuvent être affectés par un procès ; le contradictoire sert le procès lui-même dans la mesure où il est l'instrument de l'élaboration du jugement : c'est la confrontation des moyens présentés au juge par les parties qui permet à celui-ci de trancher le litige en ajustant sa décision au plus près de la vérité des faits »<sup>76</sup>.

**20.** La valeur du principe du contradictoire est très largement reconnue par la doctrine et le droit positif.

Selon les auteurs, le caractère contradictoire de la procédure est « la garantie nécessaire d'une élémentaire justice »<sup>77</sup>, « une condition essentielle d'une bonne administration de celle-ci »<sup>78</sup>, « la garantie fondamentale d'une justice saine, loyale et équitable »<sup>79</sup>.

Il est considéré comme « fondamental »<sup>80</sup> ou « immuable »<sup>81</sup>. Il est le « schème fondateur » de l'État de droit<sup>82</sup> et des régimes démocratiques. Il tend à s'appliquer à toutes les procédures juridiques (judiciaires, arbitrales, disciplinaires) de toutes les branches du droit (civil, pénal, administratif). Certains affirment que ce principe constitue « la clef de voûte des droits de la défense »<sup>83</sup>. Comme pour les droits de la défense, le principe du contradictoire a valeur de principe de droit naturel<sup>84</sup>.

---

<sup>73</sup> VINCENT, Jean., GUINCHARD, Serge. *Procédure civile*. 22<sup>ème</sup> Éd. Dalloz, 1991, n°393 et s.

<sup>74</sup> VINCENT, Jean., GUINCHARD, Serge. *Procédure civile*. 26<sup>ème</sup> Éd. Dalloz, 2001, n°611 et s.

<sup>75</sup> CADIET, Loïc. *Droit judiciaire privé*. 3<sup>e</sup> Éd. Litec, 2000, p.461 ; HERON, Jacques. *Droit judiciaire privé*. Coll. Domat droit privé, 3<sup>e</sup> Éd. Montchrestien, 1991, p.175 ; FRISON-ROCHE, Marie-Anne. *Contradiction*. in Dictionnaire de la justice. (dir.) CADIET, Loïc. Éd. PUF, 2004, p.236.

<sup>76</sup> SOLUS, Henri., PERROT, Roger. *op. cit.*

<sup>77</sup> VIZIOZ, Henri. *Études de procédure*. 1956, p.449.

<sup>78</sup> GLASSON, Ernest-Désiré., TISSIER, Albert., MOREL, René. *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire et de compétence et de procédure civile*. 3<sup>e</sup> Éd. Sirey, t. 2, 1925, n°459.

<sup>79</sup> MOREL, René. *Traité élémentaire de procédure civile*. 3<sup>e</sup> Éd. Sirey, 1949, n°426.

<sup>80</sup> *Ibid. idem.*

<sup>81</sup> CORNU, Gérard., FOYER, Jean. *Procédure civile*. Éd. PUF, 1958, p.373.

<sup>82</sup> VARRAUT, Jean-Marc. *Le droit au droit*. Éd. PUF, 1986, p.125-126 ; COHEN-TANUGI, Laurent. *Le droit sans l'État*. Éd. PUF, 1985, p.60.

<sup>83</sup> JEANDIDIER, Wilfrid., BELOT, Jacques. *Procédure pénale*. Coll. Thémis, Éd. PUF, 1986, p.185.

<sup>84</sup> MOTULSKY, Henri. *Le respect des droits de la défense en procédure civile*. Mélanges Paul Roubier, 1961, p.175 et s. ; GUINCHARD, Serge., LAGARDE, Xavier., DOUCHY-OUDOT, Mélina et al. *op. cit.* p.791.

Par ailleurs, il est reconnu à tous les échelons de notre pyramide des normes. Il apparaît en filigrane dans les textes européens<sup>85</sup> et internationaux<sup>86</sup>. La Cour européenne des droits de l'homme le considère comme « *un élément fondamental du procès équitable* »<sup>87</sup> et la Cour de justice du Luxembourg comme « *un principe général du droit communautaire* »<sup>88</sup>. La Cour de cassation<sup>89</sup>, le Conseil d'État<sup>90</sup> et le Conseil constitutionnel<sup>91</sup> l'ont consacré en tant que « *principe général du droit* ». Enfin, après plusieurs tentatives<sup>92</sup>, le principe du contradictoire est expressément consacré à l'article 14 du Nouveau Code de Procédure civile<sup>93</sup>.

## C – Une reconnaissance pénale

**21.** Sous l'influence du droit européen, le contradictoire s'est progressivement imposé comme un principe fondamental du procès pénal.

Au départ, le contradictoire est au droit civil ce que les droits de la défense sont au procès pénal. Pendant longtemps, il est demeuré un principe inconnu de la procédure pénale, à l'exception du débat contradictoire lors de la phase de jugement. Pour preuve, il suffit d'examiner les ouvrages<sup>94</sup> de l'époque. Il n'est fait aucune mention du principe.

Cette dichotomie des notions en partie fondée sur la matière, les enjeux, les caractéristiques spécifiques du procès, la nature des systèmes processuels et sur la tradition juridique, évolue avec le temps et sous l'influence du droit européen.

D'une situation d'opposition, les deux notions vont progressivement se rapprocher l'une de l'autre pour entretenir des liens de collaboration. L'analyse de Motulsky, l'ouverture de notre

<sup>85</sup> Art. 6 § 1 de la CEDH ; Art. 47 de la Charte des droits fondamentaux.

<sup>86</sup> Art. 10 de la DUDH ; Art. 14 du PACP ; Art. 55 et 67 du Statut de Rome.

<sup>87</sup> « *Le droit à une procédure contradictoire implique, pour une partie, la faculté de prendre connaissance des observations ou pièces, produites par l'autre, ainsi que d'en discuter* ». CEDH du 24 février 1995, Aff. *Mc Michaël c/Royaume-Uni*, Série A, n°307-B, § 80 ; D. 1995 p.449, note Huyette.

Autre définition : « *c'est le droit pour les parties à un procès, pénal ou civil, de prendre connaissance de toute pièce ou observation présentée au juge, même par un magistrat indépendant, en vue d'influencer sa décision et de la discuter* ». CEDH du 27 mars 1998, Aff. *J. J. c/Pays-Bas*, req. n°21351/93, § 43 ; Recueil 1998, II, p.613.

<sup>88</sup> CJCE du 20 juin 1985, Aff. *Henri de Compté c/Parlement européen*, n°141/84 ; Recueil de jurisprudence 1985, p.1951 ; CJCE du 10 juillet 2001, Aff. *Ismeri Europa Srl c/Cour des comptes des communautés européennes*, C-315/99 P ; Recueil de jurisprudence 2001, I p.5281.

<sup>89</sup> Cass. civ. 2<sup>e</sup> 07 mai 1828, Sirey 1828, I, p.193 ; Cass. civ. 2<sup>e</sup> 08 juillet 1976, Bull. Civ. II, n°239.

<sup>90</sup> CE 11 octobre 1979. D. 1979, p.606, note A. Bénabent ; JCP 1980, II, n°19288, note Boré ; Gaz. Pal. 1980, I, Doct. p.6, note Julien. V. **DAILLE-DUCLOS**, Brigitte. *Le respect du contradictoire devant les autorités administratives non juridictionnelles*. Procédures, 2000, chron. n°9.

<sup>91</sup> Cons. const. 29 décembre 1989, n°89-268 DC. Rec. p.110 ; RJC, I, p.382 ; Revue française de droit constitutionnel 1990, p.122, note L. Philip.

Disponible sur : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1989/89268dc.htm> [consulté le 08/07/2007]

<sup>92</sup> **SOLUS**, Henri., **PERROT**, Roger. *op. cit.* p.114, n°107.

<sup>93</sup> Décret n°71-740 du 09 septembre 1971 instituant de nouvelles règles de procédure destinées à constituer partie d'un nouveau code de procédure civile.

<sup>94</sup> **HELIE**, Faustin. *Code d'instruction criminelle*. Pratique criminelle des Cours et Tribunaux, 1951 ; **BOUZAT**, Pierre., **PINATEL**, Jean. *Traité de droit pénal et de criminologie*. Éd. Dalloz, 1963, p.974 et 1038 ; **MERLE**, Roger., **VITU**, André. *Traité de droit criminel. Procédure pénale*. 3<sup>e</sup> Éd. Cujas, 1979 ; **HUGUENEY**, Louis. *Les droits de la défense devant le juge d'instruction*. Rev. sc. crim. 1952, p.195 ; **LEAUTE**, Jacques. *Les principes généraux relatifs aux droits de la défense*. Rev. sc. crim. 1953, p.47.

droit interne<sup>95</sup> sur le droit conventionnel européen<sup>96</sup> et le droit des États européens participent à cette évolution. Par ailleurs, cette nouvelle articulation entre les notions s'ouvre transversalement à la matière juridique, chacune devenant un élément de droit processuel, et non plus seulement une caractéristique exclusive d'une matière.

Reconnu en qualité de principe directeur du procès civil, en matière pénale, le contradictoire s'impose ponctuellement comme un principe fondamental à certaines phases du procès<sup>97</sup>. Jusqu'au début des années quatre-vingt-dix, la doctrine pénale présente une conception chronologique<sup>98</sup> de la relation. Avec les lois de 1993 et 2000<sup>99</sup>, l'inscription du contradictoire dans notre procédure pénale est définitivement consommée. Lors des débats parlementaires, sa reconnaissance n'a pas offert de réelles controverses<sup>100</sup>, elle a même été quasi unanimement acceptée. Désormais, à l'image de la procédure civile, le principe du contradictoire est considéré comme un principe directeur du procès pénal<sup>101</sup>. Les ouvrages récents<sup>102</sup> qui décrivent les manifestations du principe tout au long du procès, attestent de son adhésion dans notre procédure pénale.

---

<sup>95</sup> **LEVASSEUR**, Georges. *Vers une procédure d'instruction contradictoire*. Rev. sc. crim. 1959, p.297 ; **MAYER**, Danièle. *Preuve du non-respect du principe du contradictoire lors de l'interrogatoire de première comparution*. D. 1991, Jurisp. p.91.

<sup>96</sup> **LE GALL**, Jean-Pierre. *À quel moment le contradictoire ? Une application de la Convention européenne des droits de l'homme*. Gaz. Pal. du 4 juillet 1996, p.691 ; **SACE**, Jean. *L'audition contradictoire des témoins*. RTDH 1992, p.51.

<sup>97</sup> **AUTESSERRE**, Maryvonne. *Définition du principe du contradictoire en matière pénale*. in Problèmes actuels de science criminelle, Vol XII, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1999, p.101 ; **SILVESTRE**, Caroline. *Le principe du contradictoire en procédure pénale*. Revue de la recherche juridique. Droit prospectif 1993, p.913 ; **NICOLOPOULOS**, Panayotis. *La procédure devant les juridictions répressives et le principe du contradictoire*. Rev. sc. crim. 1989, p.1.

<sup>98</sup> **FRISON-ROCHE**, Marie-Anne. *Généralités sur le principe du contradictoire*. Thèse Paris II, 1988, p.21-22. Selon elle, la doctrine majoritaire pénaliste effectuait une distinction chronologique, à savoir l'emploi systématique de l'expression "droits de la défense" dans les développements propres à l'instruction et de "principe du contradictoire" dans ceux qui ont trait au jugement.

<sup>99</sup> Loi n° 93-2 du 04 janvier 1993 portant sur la réforme de la procédure pénale ; Loi n° 93-1013 du 24 août 1993 portant sur la réforme de la procédure pénale ; Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes.

<sup>100</sup> Compte rendu intégral de l'Assemblée nationale, 1<sup>ère</sup> séance du 24 mars 1999, p.2785. Mme Christine Lazerges (rapporteur) : « l'article préliminaire du code de procédure pénale revêt une importance fondamentale. [...] Sur le plan pédagogique, cela me paraît essentiel car le pédagogue est celui qui conduit, qui fait avancer. Ces principes directeurs sont en quelque sorte l'équivalent des balises pour ceux qui aiment naviguer ou des cairns, en montagne, pour ceux qui aiment marcher. Peut-être la liste donnée n'est-elle pas exhaustive, mais tel n'est pas l'objectif. Nous voulons surtout avoir, comme le préconise la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, la rédaction la plus claire et la plus accessible possible ».

La controverse porta sur le nombre de principes présents dans cet article préliminaire. Un compromis fut trouvé entre la concision du Sénat et l'exhaustivité de l'Assemblée nationale.

<sup>101</sup> Art. préliminaire du C. pr. pén. L'idée de principes directeurs est admise par la doctrine pénaliste même s'il existe des divergences sur leur nombre. V. **PRADEL**, Jean. *Vers des principes directeurs communs aux diverses procédures pénales européennes*. Mélanges G. Levasseur, Éd. Litec, 1992, p.459.

<sup>102</sup> **DELMAS-MARTY**, Mireille. *Rapport sur la mise en état des affaires pénales*. Commission justice pénale et droit de l'homme, La documentation française, 1991.

Disponible sur : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/914059500/index.shtml> [consulté le 08/07/2007]

**BOULOC**, Bernard., **LEVASSEUR**, Georges., **STEFANI**, Gaston. *Procédure pénale*. Coll. Précis Dalloz, 18<sup>e</sup> Éd. 2001, n°32 ; 94 ; 114 ; 152 ; 646 ; 818 ; 845 ; 858 ; 873 ; 934 ; 967.

**GUINCHARD**, Serge. **BUISSON**, Jacques. *Procédure pénale*. 3<sup>e</sup> Éd. Litec, 2005, n°447 ; 453 et s. ; 1553.

**CONTE**, Philippe., **MAISTRE du CHAMBON**, Patrick. *Procédure pénale*. 4<sup>e</sup> Éd. Armand Colin, 2002, n° 18 ; 28 ; 31 ; 63 ; 70 ; 507 ; 517 ; 619.



À côté des droits de la défense et du principe du contradictoire, une autre notion apparaît, il s'agit du principe de l'égalité des armes.

### § 3 – Le principe de l'égalité des armes

22. Le principe de l'égalité des armes est une création prétorienne des juridictions européennes qui tend à garantir l'équilibre dans le procès (A). Élément constitutif de la notion plus large de procès équitable, il est un principe autonome de droit processuel (B) qui connaît quelques difficultés d'application en droit interne (C).

#### A – Une notion prétorienne

23. L'égalité des armes est un principe prétorien, déduit de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme par les instances européennes.

Il vise à garantir l'équilibre entre les parties dans le procès<sup>103</sup>. Il est guidé par des considérations d'équité et d'égalité, fondements de l'idéal démocratique des droits de l'homme.

Il ne vise pas une égalité parfaite entre les parties. La Cour européenne comme la Cour de cassation l'ont compris ainsi en ne considérant pas l'égalité des armes comme une exigence absolue du procès équitable. De même que toute différence ne constitue pas automatiquement une atteinte au procès équitable. L'égalité n'est pas une exigence en soi, elle ne l'est qu'en ce qu'elle est une condition du procès équitable.

Historiquement, la Commission européenne des droits de l'homme fait allusion à l'égalité des armes – sans la nommer – pour la première fois dans une décision *Szwabowicz c/Suède* du 30 juin 1959. Elle déclare que : « *Toute partie à une action doit avoir une possibilité raisonnable d'exposer sa cause au tribunal dans des conditions qui ne la désavantagent pas d'une manière appréciable par rapport à la partie adverse* »<sup>104</sup>.

La Cour européenne des droits de l'homme emploie la notion d'égalité des armes en 1968, dans un arrêt d'espèce<sup>105</sup>. Trois autres arrêts<sup>106</sup> de rejet – sans grande portée par rapport au principe – se suivent avant que la Cour consacre définitivement cette notion dans un arrêt *Bönisch*<sup>107</sup>. Pour la première fois, les juges européens censurent une disposition nationale au visa du principe de l'égalité des armes, à propos de l'audition d'un expert-témoin également à l'origine des poursuites pénales. La Cour affirme que le « *principe de l'égalité des armes exigeait un équilibre entre cette audition et celle des personnes qui, à un titre quelconque,*

<sup>103</sup> MARGUENAUD, Jean-Pierre. *L'égalité des armes*. in Dictionnaire de la justice. (dir.) CADIET, Loïc. Éd. PUF, 2004, p.405.

<sup>104</sup> Rapport de la Commission du 30 juin 1959, n° 434/58, Annuaire II, p.535.

<sup>105</sup> CEDH du 27 juin 1968, Aff. *Neumeister c/Autriche*, Série A n°8, §§22-25. JEAN-PIERRE, Didier., MELIN-SOUCRAMANIEN, Ferdinand. *Le principe de l'égalité des armes*. Revue de la recherche juridique. Droit prospectif 1993, p.489.

Disponible sur : <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=699978&portal=hbk&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649> [consulté le 08/07/2007]

<sup>106</sup> Trois arrêts de rejet dans lesquels le principe d'égalité des armes intervient *a minima* dans la motivation. CEDH du 10 novembre 1969, Aff. *Matznetter c/Autriche*, Série A, n°10, § 13 ; CEDH du 17 janvier 1970, Aff. *Delcourt c/Belgique*, Série A, n°11, §§18-19 et 28 ; CEDH du 08 juin 1976, Aff. *Engel et autres c/Pays-Bas*, Série A, n°22, § 91.

<sup>107</sup> CEDH du 6 mai 1985 Aff. *Bönisch c/Autriche*, Série A, n°92, § 32.

étaient ou pouvaient être entendues à la demande de la défense. La Cour estime, avec la Commission, qu'un tel équilibre n'a pas régné [...] Dès lors, il y a eu violation de l'article 6 § 1 ».

Au fil de sa jurisprudence, la Cour affine sa formule jusqu'à une définition désormais établie précisant que « l'égalité des armes requiert que chaque partie se voie offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire »<sup>108</sup>.

Depuis, l'égalité des armes ne cesse de se développer au sein de la jurisprudence européenne. D'après le portail Internet de la jurisprudence de la Cour<sup>109</sup>, en 2007, on recense 173 décisions incluant l'expression "égalité des armes", dont 27 sont antérieurs à l'an 2000 et 146 sont postérieurs. D'une dizaine d'arrêts en 2000, on passe à une vingtaine en 2004, et on en dénombre 46 en 2006<sup>110</sup>. Il nous faut cependant relativiser cet accroissement au regard de la progression parallèle du nombre de décisions rendues par la juridiction européenne<sup>111</sup>. En effet, si en 2000, on compte 12 arrêts traitant de l'égalité des armes sur 695 décisions – soit 1.7 % –, en 2006, on en dénombre 46 pour 1560 décisions – soit 3 % –.

## B – Un principe autonome de droit processuel

24. L'égalité des armes est un principe autonome de droit processuel qui s'applique essentiellement en matière pénale<sup>112</sup>.

Rattaché à la notion plus large de procès équitable par leur racine latine commune *aequus* qui signifie égal, équilibré, l'égalité des armes n'en demeure pas moins un principe fonctionnel parfaitement autonome. Il est considéré par la doctrine comme « la plus ancienne expression autonome du procès équitable »<sup>113</sup> et la jurisprudence lui a rapidement reconnu son indépendance : « Il ne constitue qu'un aspect de la notion plus large de procès équitable »<sup>114</sup>, au même titre que l'indépendance et l'impartialité du tribunal, le caractère public des audiences ou encore le droit d'être jugé dans des délais raisonnables.

La notion "d'égalité des armes" n'est pas expressément inscrite dans les conventions internationales ou européennes, néanmoins, elle apparaît en filigrane dans chacune d'elles<sup>115</sup>.

---

<sup>108</sup> CEDH du 27 octobre 1993 Aff. *Dombo beheer c/Pays-Bas*, Série A, n°274, § 33.

<sup>109</sup> Disponible sur : <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr> [consulté le 08/07/2007]

<sup>110</sup> À partir du portail Internet de la Cour, on dénombre 12 arrêts traitant de l'égalité des armes en 2000, 10 en 2001, 11 en 2002, 15 en 2003, 20 en 2004, 16 en 2005, 46 en 2006, et 16 au 24 juillet 2007.

<sup>111</sup> Rapport annuel d'activité de la Cour européenne des droits de l'homme en 2006.

Disponible sur : <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/AC34C922-9CFE-4148-8A8B-0BF0984533B7/0/Aper%C3%A7u2006.pdf> [consulté le 08/07/2007]

<sup>112</sup> SUDRE, Frédéric., MARGUENAUD, Jean-Pierre., ANDRIANTSIMBAZOVINA, Joël., et al. *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*. Coll. Thémis, 4<sup>e</sup> Éd. PUF, 2007, p.298 et s. ; GUINCHARD, Serge., LAGARDE, Xavier., DOUCHY-OUODOT, Mélina et al. *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*. Coll. Précis Dalloz, 4<sup>e</sup> Éd. 2007, 782 et s. ; GUINCHARD, Serge., BUISSON, Jacques. *Procédure pénale*. 3<sup>e</sup> Éd. Litec, 2005, n°445, p.353 et s. JEAN-PIERRE, Didier., MELIN-SOUCRAMANIEN, Ferdinand. *op. cit.*

<sup>113</sup> GUINCHARD, Serge., BUISSON, Jacques. *op. cit.*

<sup>114</sup> CEDH du 17 janvier 1970, Aff. *Delcourt c/Belgique*, Série A n°11, § 28.

<sup>115</sup> Art. 6 § 1 de la CEDH ; Art. 47 de la Charte des droits fondamentaux. Art. 10 de la DUDH ; Art. 14 et 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ; Art. 55 et 67 du Statut de Rome

Cette non reconnaissance sémantique du principe s'explique parfaitement par sa nature moderne. L'égalité des armes s'applique en procédure seulement depuis le début des années soixante-dix, même s'il faut concéder que son principe est sous-jacent à la notion d'équité.

Quoi qu'il en soit, les textes, la jurisprudence et la doctrine<sup>116</sup> reconnaissent en l'égalité des armes un « *principe fondamental du procès* ». Un auteur lui reconnaît même une valeur d'origine commune avec les droits de la défense et le principe du contradictoire en le considérant comme « *un véritable principe de droit naturel en droit processuel en raison du lien indissociable entre égalité, justice et État de droit* »<sup>117</sup>.

Par ailleurs, le principe de l'égalité des armes n'est pas propre aux institutions et à la jurisprudence européenne. La Cour de justice des communautés européennes<sup>118</sup>, les juridictions pénales *ad hoc* de l'ONU<sup>119</sup>, les juridictions des États européens<sup>120</sup> l'ont interprété et appliqué à différents degrés dans leurs décisions.

De même, il concerne toutes les procédures. Il s'applique en droit civil<sup>121</sup>, en droit fiscal<sup>122</sup>, en droit de la consommation<sup>123</sup>, en droit administratif<sup>124</sup>, et même en matière d'arbitrage international<sup>125</sup>.

Cependant, il faut reconnaître que la procédure pénale<sup>126</sup> est particulièrement concernée par l'application de ce principe, du fait de la nécessité de rétablir l'équilibre entre les droits de l'accusation et ceux de la défense, entre le ministère public et la personne poursuivie. D'après les statistiques de la Cour, sur les 173 arrêts comportant l'expression "égalité des armes", 78

<sup>116</sup> SUDRE, Frédéric., MARGUENAUD, Jean-Pierre., ANDRIANTSIMBAZOVINA, Joël., et al. *op. cit.* ; GUINCHARD, Serge., LAGARDE, Xavier., DOUCHY-LOUDOT, Mélina et al. *op. cit.* ; GUINCHARD, Serge., BUISSON, Jacques. *op. cit.* ; JEAN-PIERRE, Didier., MELIN-SOUCRAMANIEN, Ferdinand. *op. cit.*

<sup>117</sup> OPPEIT, Bruno. *Philosophie du droit*. Éd. Dalloz, 1999, p.117.

<sup>118</sup> TPICE du 29 juin 1995, Aff. *Imperial Chemical Industries plc c/Commission des communautés européennes*, T-37/91, Rec. 1995 p. II 01901.

Disponible sur : <http://eur-lex.europa.eu/fr/index.htm> [consulté le 08/07/2007]

<sup>119</sup> TPI ex-Yougoslavie du 15 juillet 1999, Aff. *Dusko Tadic c/Prosecutor*, Case n° IT-94-1-A ; V. également Constatation du Comité des droits de l'homme du 30 mars 1989 Aff. *Robinson c/Jamaïque*, n°223/1987. GUINCHARD, Serge., LAGARDE, Xavier., DOUCHY-LOUDOT, Mélina et al. *op. cit.* pp.784-785.

Disponible sur : <http://www.un.org/icty/Supplement/supp6-e/tadic.htm> [consulté le 08/07/2007]

<sup>120</sup> *Ibid. idem.* p.837.

<sup>121</sup> CEDH du 29 mai 1986 Aff. *Feldbrugge c/Pays-Bas*, Série A, n°99 ; CEDH du 26 juin 1993, Aff. *Ruiz Matéos c/Espagne*, Série A, n°262 ; CEDH du 24 juillet 2007, Aff. *Baumet c/France*, req. n°56802/00.

<sup>122</sup> CEDH du 24 février 1994, Aff. *Bendenoun c/France*, Série A, n°284 ; CEDH du 26 septembre 1996, Aff. *Miailhe c/France*, req. n°18978/91.

<sup>123</sup> CEDH du 02 mai 2006, Aff. *Saint-Adam et Millot c/France*, req. n°72038/01.

<sup>124</sup> CEDH du 19 avril 1994, Aff. *Van de Hurk c/Pays-Bas*, Série A, n°288 ; CEDH du 07 juin 2001, Aff. *Kress c/France*, req. n°39594/98 ; JCP 2001, II, 10578, note F. Sudre ; D. 2001, chron. p.2611, note J. Andriantsimbazovina ; COHEN-JONATHAN, Gérard. *L'arrêt Kress de la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de cassation française : quelques observations*. Gaz. Pal. du 04 octobre 2002, p.1421 ; GUINCHARD, Serge. *Dialogue imaginaire entre un justiciable moyen et un juriste désespéré par l'arrêt Kress*. D. 2003, chron. p.152 ; SERMET, Laurent. *L'arrêt Kress c. France : avancée, statut quo ou régression des droits fondamentaux du justiciable ?* RTDH 2002, p.237 ; CEDH du 12 juin 2007 Aff. *Collectif national d'information et d'opposition à l'usine Melox — collectif stop Melox et Mox c/France*, req. n°75218/01.

<sup>125</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup> 24 mars 1998, D. 1998, IR, p.105. V. FOUCHARD, Philippe., GOLDMAN, Berthold., GAILLARD, Emmanuel. *Traité de l'arbitrage commercial international*. Éd. Litec, 1996, n°1652.

<sup>126</sup> D'après la base de données Jurinet, sur les 418 arrêts de la cour de cassation incluant l'expression "égalité des armes", 324 proviennent de la chambre criminelle et 92 des chambres civiles. DINTHILLAC, Jean-Pierre. *L'égalité des armes dans les enceintes judiciaires*. in Rapport annuel de la cour de cassation de 2003. La Documentation française.

Disponible sur : <http://www.courdecassation.fr/article6255.html> [consulté le 08/07/2007]

décisions sont de nature pénale, soit 45 %, le reste se partageant entre la matière civile et administrative.

Enfin, le principe de l'égalité des armes s'applique à toutes les phases de la procédure, et notamment à l'instruction<sup>127</sup>, à l'enquête de police<sup>128</sup>, et également en matière d'exécution des peines<sup>129</sup>.

## C – Une application difficile en droit interne

25. Le principe de l'égalité des armes s'est rapidement intégré dans notre législation interne, néanmoins, il pose des difficultés d'application.

En filigrane aux articles 1 et 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, depuis la loi du 15 juin 2000, il figure expressément – dans sa traduction française<sup>130</sup> – à l'article préliminaire de notre Code de procédure pénale en qualité de principes directeurs du procès<sup>131</sup> au même titre que le principe du contradictoire : « *La procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties* ».

Le Conseil constitutionnel consacre également le principe. À l'occasion de l'examen d'un texte de loi relatif à la sécurité et à la transparence des marchés financiers<sup>132</sup>, il affirme que « *le principe du respect des droits de la défense constitue un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République réaffirmé par le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, auquel se réfère le Préambule de la Constitution de 1958 ; qu'il implique, notamment en manière pénale, l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties* ».

Si l'expression égalité des armes n'est pas utilisée, le principe est bien énoncé comme étant de niveau constitutionnel.

26. Devant la Cour de cassation, depuis une dizaine d'années, l'égalité des armes est fréquemment invoquée au soutien de moyens mais ce principe est plus rarement repris

---

<sup>127</sup> CEDH du 30 mars 1989, Aff. *Lamy* c/Belgique, Série A, n°151.

<sup>128</sup> CEDH du 25 septembre 2001 Aff. *P.G et J.H* c/Royaume-Uni, req. n°44787/98.

<sup>129</sup> CEDH du 28 juin 1984, Aff. *Campbell et Fell* c/Royaume-Uni, Série A, n°80.

<sup>130</sup> Le législateur n'a pas souhaité consacrer strictement la notion d'égalité des armes au sein du Code de procédure pénale, cependant, il a fait de l'équilibre des droits des parties, une traduction fidèle de ce principe. La filiation de l'équilibre des droits des parties avec le principe est certaine, il suffit de lire les travaux parlementaires.

Compte rendu intégral de l'Assemblée nationale, 3<sup>e</sup> séance du 23 mars 1999 p.2732 : « *le texte veut assurer " l'égalité des armes " entre la défense et l'accusation en élargissant les droits des parties tout au long de la procédure pénale* » ; « *quelques modifications ont permis à Mme le rapporteur d'écrire que la France se " rapproche " du principe de l'égalité des armes défini par la Convention européenne des droits de l'homme* ». p.2737. « *Le contradictoire va progresser, ainsi que l'égalité des armes* ». p.2749.

<sup>131</sup> « *la rapporteuse pour l'Assemblée nationale a indiqué son attachement à des dispositions qui énoncent, en tête du code de procédure pénale, des principes juridiques issus de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789* ». in Rapport de la commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion du projet de loi renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, du 18 mai 2000 par Mme C. Lazerges et C. Jolibois.

Disponible sur : <http://senat.fr/commission/cmp/CMP000529.html#toc3> [consulté le 08/07/2007]

<sup>132</sup> Cons. const. 28 juillet 1989, n°89-260 DC. Rec. p.71 ; RJC, I, p.365 ; RFDA 1989, p.671, note B. Genevois.

Disponible sur : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1989/89260dc.htm> [consulté le 08/07/2007]

dans le dispositif des arrêts et il n'a fondé, à ce jour, qu'un très faible nombre d'arrêts de cassation<sup>133</sup>.

Le principe connaît quelques résistances pour s'appliquer en droit interne. La première est structurelle, son cadre de développement relevant davantage du modèle accusatoire qu'inquisitoire, il lui faut s'adapter à notre procédure pénale. La seconde est fonctionnelle, l'égalité des armes est une notion plus familière de la *Common Law* que du droit continental, sa manipulation, sa définition et son application exigent une période d'appropriation par les juges. La conception française de "*l'équilibre des droits des parties*" n'est pas celle "*d'equality of arms*" de la Cour européenne<sup>134</sup>. Enfin, la dernière est historique, notre procédure pénale est par son histoire et ses traditions volontairement déséquilibrées<sup>135</sup>, et l'intégration d'un principe qui tend au contraire à rétablir un certain équilibre ne peut s'affranchir de certaines résistances de la part de la doctrine et des praticiens.

Néanmoins, le principe de l'égalité des armes progresse, lentement, mais il progresse. Le premier arrêt comportant l'expression "*égalité des armes*" a été rendu le 19 novembre 1987 par la chambre criminelle<sup>136</sup>.

Puis, dans un arrêt de principe du 06 mai 1997<sup>137</sup>, la chambre criminelle de la Cour de cassation censure pour la première fois une disposition du Code de procédure pénale sur le fondement conventionnel du principe de l'égalité des armes.

En 2003, une étude<sup>138</sup> dénombre 418 arrêts qui comportent cette expression, laquelle y figure, il est vrai, presque exclusivement dans les moyens. En 2007, on recense 722 décisions de la Cour de cassation – soit une progression de 58 % –, dont 441 pour la seule chambre criminelle<sup>139</sup>.

<sup>133</sup> DINTHILLAC, Jean-Pierre. *L'égalité des armes dans les enceintes judiciaires*. in Rapport annuel de la cour de cassation de 2003. La Documentation française.

Disponible sur : <http://www.courdecassation.fr/article6255.html> [consulté le 08/07/2007]

<sup>134</sup> À propos du délai d'appel du Procureur général de l'article 505 du Code de procédure pénale, si la cour de cassation a considéré cette article conforme au principe de l'égalité des armes, la Cour européenne des droits de l'homme considère à l'inverse qu'il y porte atteinte. Cass. crim. 27 juin 2000, Bull. crim. n°243, D. 2001 Somm. 514, obs. J. Pradel ; contra. CEDH du 03 octobre 2006, Aff. *Ben Naceur c/France*, req. n°63879/00. SUDRE, Frédéric., MARGUENAUD, Jean-Pierre., ANDRIANTSIMBAZOVINA, Joël., et al. *op. cit.* p.304.

<sup>135</sup> CARBASSE, Jean-Marie. *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*. Coll. Droit fondamental, Éd. PUF, 2000 ; FOYER, Jean. *Histoire de la justice*. Éd. PUF, 1996.

<sup>136</sup> 3<sup>e</sup> moyen, « *alors que l'article 171 du Code de procédure pénale, dans l'interprétation tendant à interdire à l'inculpé d'obtenir, malgré l'inertie du Parquet, du juge d'instruction et de la chambre d'accusation, la reconnaissance en cours d'instruction d'une nullité de procédure affectant directement les poursuites le concernant, n'est pas conforme aux dispositions de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme intéressant la notion de procès équitable ; qu'il n'y a pas alors égalité des armes entre la partie poursuivante et la partie poursuivie* » ; Cass. crim. 19 novembre 1987, Bull. crim. n°420.

On peut observer que l'année 1993 marque le début de l'évocation de l'égalité des armes dans les mémoires et les moyens des auteurs de pourvois, aucun arrêt contenant cette expression n'ayant été rendu entre le 19 novembre 1987 et un arrêt du 24 février 1993 (pourvoi n°92-82.195).

<sup>137</sup> Cass. crim., 6 mai 1997, Landry, Bull. crim., n°170 ; Cass. crim., 21 mai 1997, Mathoulin, Bull. crim., n°191 ; Cass. crim., 17 juin 1998, Bull. crim., n°196 ; LASSALLE, Jean-Yves. *Incompatibilité du dernier alinéa de l'article 546 CPP avec l'article 6 de la convention européenne des droits l'homme*. JCP 1998, II, 10056, p.654 ; CERF, Agnès. *Incompatibilité du droit général d'appel du procureur général contre les jugements de police avec la Convention européenne des droits de l'homme*. D. 1998, jurisp. p.223.

<sup>138</sup> DINTHILLAC, Jean-Pierre. *op. cit.*

<sup>139</sup> D'après le portail Internet Légifrance, 722 décisions de la cour de cassation contiennent l'expression "égalité des armes". Jusqu'en 2000, on recense 192 arrêts traitant de l'égalité des armes, puis 64 en 2000, 58 en 2001, 50 en 2002, 60 en 2003, 98 en 2004, 97 en 2005, 79 en 2006, et 24 au 24 juillet 2007.

Disponible sur : <http://www.legifrance.gouv.fr/> [consulté le 08/07/2007]

27. En dépit de nombreuses résistances, l'égalité des armes est un principe en devenir dans notre système pénal.

Le fondement principal à l'accroissement de ce principe en droit interne est la nature particulièrement déséquilibrée de notre procédure pénale. Les déséquilibres processuels en défaveur de la défense dans l'ensemble du procès pénal sont nombreux.

Pour preuve, 48 %<sup>140</sup> des arrêts rendus par la Cour européenne sur le principe de l'égalité des armes concernent exclusivement la France. En ce qui concerne plus précisément la matière pénale, soit une base de 78 arrêts traitant du principe, 41 visent la France en qualité de défendeur, soit un ratio de 52 %. La France est l'État membre le plus condamné pour non respect du principe de l'égalité des armes. Certes, 68 % du contentieux relève uniquement du statut et des fonctions de l'avocat général<sup>141</sup> devant la Cour de cassation. Néanmoins, la France compte 13 arrêts, dont 8 violations explicitement fondées sur le principe de l'égalité des armes<sup>142</sup>.

La méthode d'appréciation du principe par la Cour européenne n'est pas neutre. Elle tend à garantir les buts de la Convention européenne des droits de l'homme qui préconise « *des droits non pas théoriques et illusoire mais concrets et effectifs* »<sup>143</sup>. Aussi, les juges européens apprécient l'égalité des armes selon les mêmes critères que pour l'appréciation<sup>144</sup> des autres composantes du procès équitable, c'est-à-dire une appréciation globale<sup>145</sup>, qui tient compte des apparences<sup>146</sup> et s'appuie sur des éléments concrets<sup>147</sup>.

28. Une fois les principaux termes de notre recherche définis, nous allons nous attacher à délimiter le champ d'application de nos recherches et déterminer la problématique qui réunit notre triptyque<sup>148</sup>.

---

<sup>140</sup> 83 arrêts sur 173 concernent la France.

<sup>141</sup> CEDH du 31 mars 1998, Aff. *Reinhardt et Slimane Kaïd c/France*, req. n°23043/93 et 22921/93 ; RTD civ. 1999, p.511, obs. J-P. Marguénaud ; D. 2000, chron. p.186, obs. N. Fricero ; CEDH du 07 juin 2001, Aff. *Kress c/France*, req. n°39594/98 ; JCP 2001, II, 10578, note F. Sudre ; CEDH du 03 décembre 2002, Aff. *Berger c/France*, req. n°48221/99 ; JCP 2003, I, chron. F. Sudre. V. **SUDRE**, Frédéric., **MARGUENAUD**, Jean-Pierre., **ANDRIANTSIMBAZOVINA**, Joël., et al. *op. cit.* pp.310-313. Depuis une réforme 01<sup>er</sup> octobre 2001 opérée par la cour de cassation, l'avocat général ne participe plus au délibéré de la haute juridiction.

<sup>142</sup> La France reste l'État membre le plus condamné sur le fondement de l'égalité des armes avec 13 arrêts et 8 violations, devant la Turquie avec 11 arrêts et 8 violations, et le Royaume-Uni avec 9 arrêts et 6 violations.

<sup>143</sup> CEDH du 17 janvier 1970, Aff. *Delcourt c/France*, Série A, n°11, § 25 ; CEDH du 09 octobre 1979, Aff. *Airey c/Irlande*, Série A, n°32, § 24 ; CEDH du 13 mai 1980, Aff. *Artico c/Italie*, Série A, n°37, § 33 ; CEDH du 19 avril 1994, Aff. *Van de Hurk c/Pays-Bas*, Série A, n°288, § 59 ; CEDH du 28 septembre 2005, Aff. *Virgil Ionescu c/Roumanie*, req. n°53037/99, § 44.

Disponible sur : <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr> [consulté le 08/07/2007]

<sup>144</sup> **GUINCHARD**, Serge., **LAGARDE**, Xavier., **DOUCHY-OUDOT**, Mélina et al. *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*. Coll. Précis Dalloz, 4<sup>e</sup> Éd. 2007, pp.771-772.

<sup>145</sup> La Cour affirme constamment qu'il faut prendre en compte « *l'ensemble du procès mené dans l'ordre juridique interne* » in CEDH du 02 mars 1987, Aff. *Monnel et Morris c/Royaume-Uni*, Série A, n°115 ; « *sur la base d'une appréciation de la procédure en cause considérée dans sa globalité* » in CEDH du 24 mai 2005, Aff. *Berkouch c/France*, req. n°71047/01, § 53.

<sup>146</sup> Le critère des apparences se fonde sur l'adage « *justice must not only be done, it must also be seen to be done* ». CEDH du 30 octobre 1991, Aff. *Borgers c/Belgique*, Série A, n°214-B, § 3-3.

<sup>147</sup> L'appréciation *in concreto* revêt une importance particulière parce qu'elle permet de vérifier concrètement l'effectivité du caractère équitable de la procédure. CEDH du 18 mars 1997, Aff. *Foucher c/France*, req. n°22209/93, §§36 et s.

<sup>148</sup> Par triptyque, nous entendons le système qui réunit les droits de la défense et les principes du contradictoire et de l'égalité des armes.

## Section 2 – Problématique et hypothèses retenues

29. Notre recherche sur les droits de la défense et les principes du contradictoire et de l'égalité des armes est circonscrite à la matière pénale, au temps du procès, entre la défense et l'accusation.

Individuellement comme collectivement, les droits et les principes transcendent la matière juridique, ils appartiennent au droit processuel. Dans la présente étude, nous allons circonscire exclusivement notre examen à la matière pénale, en excluant tout le champ civil et administratif.

Toutefois, la matière pénale<sup>149</sup> reste une notion dont le champ d'exercice est à géométrie variable selon l'appréciation que l'on lui prête. Entre l'interprétation stricte qu'en fait le Conseil constitutionnel<sup>150</sup> et l'appréciation large qu'en retient la Cour européenne des droits de l'homme<sup>151</sup>, nous nous intéresserons essentiellement à la procédure pénale de droit commun, en excluant le droit douanier, le droit fiscal et le droit disciplinaire<sup>152</sup>.

Plus précisément, par procédure pénale nous entendons l'ensemble des phases qui compose le processus pénal, c'est-à-dire l'enquête, l'instruction, le jugement et l'exécution de la peine. Aussi, nous examinerons essentiellement la procédure pénale française et contemporaine, en s'autorisant parfois des rappels historiques dans le but de mettre en perspective notre propos, et des analyses de systèmes pénaux étrangers et européens à des fins de comparaison.

Enfin, en ce qui concerne les acteurs, nous nous attacherons principalement aux relations qui opposent le mis en cause au ministère public, la défense à l'accusation, à l'exclusion discrétionnaire de la partie civile.

30. Dans ce cadre prédéfini, quels liens les droits de la défense entretiennent-ils avec les principes du contradictoire et de l'égalité des armes ?

Tout au long du procès, les droits et les principes s'entremêlent de manière inextricable. Ils connaissent des champs d'application similaires ou réservés, ils obtiennent des résultats identiques, et parfois distincts, ils ont de nombreux points communs et des différences qui laissent à penser qu'ils sont davantage complémentaires que concurrents. Les ressemblances que partage notre triptyque sont telles qu'il n'est pas rare que les auteurs et les praticiens les confondent<sup>153</sup>.

Néanmoins, les relations des droits vis-à-vis des principes sont parfaitement établies.

---

<sup>149</sup> DANET, Jean. *Défendre. Pour une défense pénale critique*. Coll. Regards sur la justice, 2<sup>nd</sup> Éd. Dalloz 2004, p.10 et s. ; SUDRE, Frédéric., MARGUENAUD, Jean-Pierre., ANDRIANTSIMBAZOVINA, Joël., et al. *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*. Coll. Thémis, 4<sup>e</sup> Éd. PUF, 2007, p.245 et s.

<sup>150</sup> Cons. const. 30 décembre 1982, n°82-155 DC. Rec. p.88 ; RJC, I, p.149 ; Cons. const. 10-11 octobre 1984, n°84-181 DC. Rec. p.78 ; RJC, I, p.199 ; Rev. sc. crim. 1985, p.3, chron. S. Hubac et J-E. Schoettl ; Revue de droit public 1986, p.395, obs. L. Favoreu ; GUINCHARD, Serge., BUISSON, Jacques. *Procédure pénale*. 3<sup>e</sup> Éd. Litec, 2005, pp.10-13.

Disponible sur : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1982/82155dc.htm> [consulté le 08/07/2007]

Disponible sur : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1984/84181dc.htm> [consulté le 08/07/2007]

<sup>151</sup> CEDH du 27 février 1980, Aff. *Deweert c/Belgique*, Série A, n°35 ; CEDH du 21 février 1984, Aff. *Oztürk c/RFA*, Série A, n°73 ; CEDH du 22 mai 1990, Aff. *Weber c/Suisse*, Série A, n°177.

<sup>152</sup> Sauf le droit disciplinaire pénitentiaire.

<sup>153</sup> La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. CEDH du 24 novembre 1997, Aff. *Werner c/Autriche*, req. n°21835/93, § 63 ; CEDH du 12 mars 2003, Aff. *Ocalan c/Turquie*, req. n°46221/99, § 166 ; CEDH du 12 mai 2005, Aff. *Ocalan c/Turquie*, req. n°46221/99, § 146 ; PRADEL, Jean. *Procédure pénale*. Cujas, 11<sup>e</sup> Éd. 2002, p.327.

En ce qui concerne le principe du contradictoire, depuis l'article d'Henri Motulsky<sup>154</sup>, la doctrine<sup>155</sup> reconnaît que le contradictoire n'est qu'une application – parmi d'autres – des droits de la défense. « *Il y a une relation de sous-ensemble entre le contradictoire et les droits de la défense* »<sup>156</sup>, « *une relation du genre à l'espèce* »<sup>157</sup>, notamment en matière pénale.

De même entre l'égalité des armes et les droits de la défense, la première n'est qu'une application des seconds<sup>158</sup>. Il est également possible de constater cette relation de sous-ensemble entre le principe et les droits.

En conséquence, les principes du contradictoire et de l'égalité des armes sont des applications, des manifestations des droits de la défense. Mais comment fonctionnent-ils ?

**31.** Les principes du contradictoire et de l'égalité des armes sont « *des éléments de la notion plus large de procès équitable* »<sup>159</sup>, or « *le respect des droits de la défense implique une procédure juste et équitable [...]. La réalisation des droits de la défense ne peut se faire que par une telle procédure, qui apparaît comme le procédé ou le processus qui permet de réaliser l'idéal de justice que représente le respect des droits de la défense* »<sup>160</sup>.

Les principes apparaissent comme deux outils fonctionnels et révélateurs de l'effectivité des droits. Non seulement, ils permettent d'apprécier les droits de la défense horizontalement, à savoir d'une manière quantitative tout au long du procès pénal, mais ils permettent en outre de les appréhender verticalement, à savoir d'une façon qualitative en mesurant leur force.

En s'interrogeant sur les relations qu'entretiennent les droits et les principes au sein de notre triptyque, la présente étude soutient, d'une part, que l'exercice des principes du contradictoire et de l'égalité des armes garantit l'effectivité<sup>161</sup> des droits de la défense, et d'autre part, que le développement des principes participe à un renouveau des droits.

---

<sup>154</sup> « *Le principe est celui du respect des droits de la défense, et que la faculté de contradiction n'en est qu'une application* ». **MOTULSKY**, Henri. *Le respect des droits de la défense en procédure civile*. Mélanges Paul Roubier, 1961, p.175 et s.

<sup>155</sup> **FRISON-ROCHE**, Marie-Anne. *Généralités sur le principe du contradictoire*. Thèse Paris II, 1988, p.26 et s. ; **AUTESSERRE**, Maryvonne. *Définition du principe du contradictoire en matière pénale*. in Problèmes actuels de science criminelle, Vol XII, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1999, p.101 ; **WIEDERKEHR**, Georges. *Droits de la défense et procédure civile*. D. 1978, chron. p.36. *contra*. « *le respect des droits de la défense n'est qu'un aspect ou un corollaire du principe du contradictoire* ». **VIZIOZ**, Henri. *Études de procédure*, 1956, p.447, n°237.

<sup>156</sup> **BOCCARA**, Bruno. *La procédure dans le désordre : le désert du contradictoire*. JCP 1981, I, 3004, n°20.

<sup>157</sup> **FRISON-ROCHE**, Marie-Anne. *Généralités sur le principe du contradictoire*. Thèse Paris II, 1988, p.31.

<sup>158</sup> Pour justifier cette relation entre l'égalité des armes et les droits de la défense nous employons la même méthode que pour le principe du contradictoire. *Ibid. idem*.

L'exercice des voies de recours peut s'interpréter sous l'angle de l'égalité des armes comme sous l'angle des droits de la défense. De même, la confusion des fonctions de poursuites et d'instruction qui existe au sein des pôles économiques et financiers crée, d'une part, une rupture dans l'égalité des armes, et d'autre part, porte nécessairement atteinte aux droits de la défense. En revanche, la possibilité laissée à la défense de voir un médecin, de téléphoner à un membre de sa famille en garde à vue ou d'avoir la parole en dernier à l'audience appartient sans conteste aux droits de la défense sans pour autant relever de l'égalité des armes. Le principe est donc un sous ensemble des droits.

<sup>159</sup> Cf. *infra* section 1, chapitre 1, titre 1, partie 2.

<sup>160</sup> **GUIDICELLI-DELLAGE**, Geneviève. *Les droits de la défense*. in Dictionnaire de la justice. (dir.) **CADIET**, Loïc. Éd. PUF, 2004, p.365.

<sup>161</sup> L'effectivité c'est « *le degré de réalisation, dans les pratiques sociales, des règles énoncées par le droit* ». La loi est effective si elle incite le corps social à réaliser concrètement le contenu de la loi. Distinction entre effectivité et efficacité. Ce n'est pas parce que le corps social applique la loi que les objectifs de celle-ci seront remplis. Si l'objectif de la loi est de réduire les conséquences graves des accidents, la loi peut-être effective (port de la ceinture) mais inefficace (on n'observe pas une baisse de la gravité des accidents). **ALLAND**, Denis., **RIALS**, Stéphane. *Dictionnaire de la culture juridique*. PUF, 2003.



De l'émergence des droits et des principes dans des nouveaux champs judiciaires comme les procédures alternatives aux poursuites ou l'exécution des peines, au renforcement de ceux-ci durant le procès pénal, la force des droits est proportionnelle à l'intensité des principes. Par ailleurs, en observant la marge de progression de notre triptyque en considérant la circonscription des droits par rapport à la relativité des principes, il est permis d'affirmer que le développement des principes peut être à l'origine d'un renouveau des droits.

### Section 3 – Méthodologie de la recherche

**32.** Afin d'appréhender et d'interpréter le phénomène des droits de la défense sous l'angle des principes du contradictoire et de l'égalité des armes, il convient de procéder à une analyse systémique de leurs relations.

Pour appréhender et comprendre les droits de la défense, il ne suffit pas d'en établir une liste exhaustive et d'en analyser chaque élément jusqu'à la plus petite portion de matière élémentaire indivisible. Cet examen purement descriptif donnerait au mieux une photographie précise des droits à un moment donné. L'approche analytique<sup>162</sup> ne permet pas d'apprécier les droits de la défense dans le temps et dans leur environnement, contrairement à une approche systémique.

L'analyse systémique<sup>163</sup> est la synthèse de deux écoles de pensée : la méthode structuraliste<sup>164</sup> d'origine européenne, et la méthode cybernétique<sup>165</sup> d'origine nord-américaine.

Elle repose sur la notion de système qui se définit comme « *un objet complexe, formé de composants distincts reliés entre eux par un certain nombre de relations. Les composants sont considérés comme des sous-systèmes, ce qui signifie qu'ils entrent dans la même catégorie d'entités que les ensembles auxquels ils appartiennent. Un sous-système peut être décomposé à son tour en sous-systèmes d'ordre inférieur ou être traité comme un système indécomposable, c'est-à-dire comme un système réduit à un seul élément. L'idée essentielle est que le système possède un degré de complexité plus grand que ses parties, autrement dit qu'il possède des propriétés irréductibles à celles de ses composants* »<sup>166</sup>.

En considérant les nouvelles perspectives offertes dans des domaines d'application particulièrement complexes comme la génétique, les mathématiques et les techniques, les juristes<sup>167</sup> aussi se sont emparés de la méthode systémique pour apprécier autrement<sup>168</sup> la matière juridique.

<sup>162</sup> DESCARTES, René. *Le discours de la méthode*. Paris, 1637. Il énonce quatre règles qui illustrent parfaitement la méthode analytique. Il préconise le fractionnement, la disjonction des objets compliqués afin d'obtenir des éléments objectifs irréductibles et indépendants de l'observateur. Ensuite, il suffit de dresser la liste exhaustive des évidences immuables pour les relier entre elles dans une relation de cause à effet.

<sup>163</sup> Von BERTALANFFY, Ludwig. *Théorie générale des systèmes*. Coll. systémique, Éd. Dunod, 1993 ; LE MOIGNE, Jean-Louis. *La théorie du système général. Théorie de la modélisation*. 3<sup>e</sup> Éd. PUF, 1990 ; SIMON, Herbert Alexander. *Sciences des systèmes sciences de l'artificiel*. Coll. Afcet systèmes, Éd. Dunod, 1991 ; LE MOIGNE, Jean-Louis. *La modélisation des systèmes complexes*. Coll. Afcet systèmes, Éd. Dunod, 1993.

<sup>164</sup> LEVI-STRAUSS, Claude. *Les structures élémentaires de la pensée*. Thèse, Paris, 1948 ; AUZIAS, Jean-Marie. *Clés pour le structuralisme*. Paris, 1967 ; PIAGET, Jean. *Le structuralisme*. Coll. Que sois-je ? 11<sup>e</sup> Éd. PUF, 1996.

<sup>165</sup> WIENER, Norbert. *Cybernetics, or Control and Communication in the Animal and the Machine*. Paris, Éd. Hermann, 1948 ; AUREL, David. *La cybernétique et l'humain*. Coll. Idées, Éd. Gallimard, 1965.

<sup>166</sup> LADRIERE, Jean. "Système (épistémologie)", in Encyclopédie Universalis, 1996, Vol., 21, p.1030.

<sup>167</sup> VAN DE KERCHOVE, Michel., OST, François. *Le système juridique entre ordre et désordre*. Coll. Les voies du droit, Éd. PUF, 1988 ; VAN DE KERCHOVE, Michel., OST, François. *De la pyramide au réseau ? pour une théorie dialectique du droit*. Publication des Facultés universitaire Saint-Louis, Bruxelles, 2002.

33. Appliquée à notre étude, la méthode systémique ouvre de nouveaux champs d'analyse.

Les principes apparaissent comme des sous-systèmes juridiques autonomes et dépendants à la fois, d'un système plus général qui comprend les droits de la défense. Autonomes, parce qu'ils ont une identité propre avec des traits caractéristiques, des normes valides et effectives, un contenu précis, mais également dépendants, dans le sens où il existe une complémentarité entre les sous-systèmes et des liens privilégiés entre eux et le système général. De l'approche systémique, il ressort que le fonctionnement propre à chaque sous-système tend à protéger et garantir le système général qui le recouvre.

Par ailleurs, le schéma met en perspective l'importance de l'environnement et les interactions entre les différents systèmes qui les font évoluer dans une finalité commune. En appréciant dans le temps et dans son environnement la structure et les activités des droits de la défense, ces derniers varient mais progressent en proportion du développement et de l'intensité des principes, au point de valider notre assertion selon laquelle la densification des principes engendrerait l'émergence de nouveaux droits inédits.

Sur la base de la représentation graphique du modèle systémique proposé par M. Le Moigne<sup>169</sup>, il est possible d'établir une systémographie de notre problématique<sup>170</sup>.

## Section 4 – Division de l'étude

34. L'intitulé de notre étude « *Les droits de la défense dans le procès pénal : du principe du contradictoire à l'égalité des armes* » tend à synthétiser le mouvement cyclique de notre démonstration autour de deux grands axes.

Le premier vise à apprécier les droits de la défense sous l'angle des principes du contradictoire et de l'égalité des armes. Des procédures alternatives aux poursuites à l'exécution des peines, cette grille de lecture établit une véritable cartographie des droits de la défense en précisant leurs présences, leurs insuffisances et parfois leurs carences.

Le second s'appuie sur les constats du premier pour envisager dans les limites de notre triptyque et des contraintes processuelles, les développements possibles des droits et des principes.

Ainsi structurée, l'analyse permet de démontrer, d'une part, que les droits de la défense sont garantis par l'exercice des principes du contradictoire et de l'égalité des armes, et d'autre part, que le développement des principes constitue les fondements de nouveaux droits.

### Première Partie : La garantie des droits par les principes

### Deuxième Partie : Les principes, fondements de nouveaux droits

---

<sup>168</sup> KELSEN, Hans. *Théorie générale des normes*. Coll. Léviathan, Éd. PUF, 1996 ; KELSEN, Hans. *Théorie pure du droit*. Coll. La pensée juridique, Éd. LGDJ, Bruxelles, Bruylant, 1999 ; HART, Herbert. *The concept of law*. Publication des Facultés universitaire Saint-Louis, Bruxelles, 1996.

<sup>169</sup> LE MOIGNE, Jean-Louis. *La théorie du système général. Théorie de la modélisation*. 3<sup>e</sup> Éd. PUF, 1990, p.58.

<sup>170</sup> V. Annexe.

## PREMIERE PARTIE

# LA GARANTIE DES DROITS PAR LES PRINCIPES

35. Les droits de la défense et les principes du contradictoire et de l'égalité des armes ne sont pas présents avec la même prégnance tout au long de notre procédure pénale. Ces différences d'intensité constituent la trame de notre démonstration et nous la préférons à une organisation plus chronologique. En effet, si la nature de cette dernière présente *a priori* les traits de la rationalité et ceux de la simplicité, cette disposition n'explicité pas les propos de notre démonstration, contrairement à une organisation plus thématique. Le choix d'une trame strictement chronologique au procès risquait de décentrer l'objet principal de notre étude – les droits de la défense – au profit de la seule procédure pénale, sans compter les risques de dérives purement descriptives des droits contre lesquels nous souhaitions résolument nous affranchir. Aussi, avons-nous fait le choix d'une organisation thématique afin que la forme soit la compagne naturelle de notre démonstration au fond. La trame est rigoureusement concentrée sur une lecture des droits de la défense à travers les principes du contradictoire et de l'égalité des armes. Elle s'approprie le dynamisme des analyses systémiques pour construire un raisonnement qui tend à prouver les apports des principes au profit des droits en fonction des variations de leurs densités.

Pendant longtemps, les droits de la défense se sont limités à la partie centrale du procès : la phase de jugement. Ce n'est qu'en 1897, qu'ils se sont étendus à l'instruction puis à l'enquête, en 1958. Aujourd'hui, ils sont présents tout au long du procès, avec plus ou moins d'intensité. De la phase d'investigation, où les principes comme les droits sont partagés, disputés, à la phase de jugement, où ils sont omniprésents, ils n'ont eu de cesse de se renforcer. Ils témoignent d'une évolution lente, saccadée mais cependant progressive des principes du contradictoire et de l'égalité des armes.

À l'inverse, dans les nouveaux champs investis par la procédure pénale, comme les modes alternatifs aux poursuites en amont du procès, et l'exécution des peines en aval, les droits de la défense connaissent un développement proportionnel à l'émergence des principes du contradictoire et de l'égalité des armes. Ils témoignent d'un état naissant et cependant encourageant.

**36.** Il convient donc d'examiner l'émergence des droits de la défense aux antipodes du procès (TITRE 1), avant de s'intéresser à leur renforcement au cours de la phase préparatoire et lors du jugement (TITRE 2).

## TITRE 1 L'émergence des droits de la défense

**37.** L'émergence des droits de la défense s'intéresse à la naissance d'enjeux inédits au sein de nouveaux champs judiciaires. Il n'est nullement question ici de traiter de la genèse des droits de la défense en général<sup>1</sup>. Ce titre tend à démontrer l'émergence concomitante des droits et principes au sein des procédures alternatives aux poursuites d'une part, et de l'exécution des peines, d'autre part.

*A priori*, ce regroupement peut surprendre tant de différences les opposent, à commencer par leur objet, leur finalité ou encore leur place respective au sein de la chaîne pénale. En effet, un rappel à la loi pour sanctionner un vol à la roulotte ou une médiation pénale pour régler un conflit de voisinage, n'est pas de même nature et n'envisage pas les mêmes enjeux qu'une sanction disciplinaire en milieu carcéral ou une demande d'aménagement de peine. Les premiers sont mis en cause et ne font pas l'objet de poursuites, les autres sont condamnés et exécutent leur peine. Apparemment, tout semble les opposer, les séparer, à l'exception des droits de la défense : ils connaissent une évolution simultanée et comparable.

Les procédures alternatives aux poursuites<sup>2</sup> et l'exécution des peines ont en commun la jeunesse et l'inexpérience inhérente à toute nouvelle matière, un rituel inédit, en construction, et distinct des prescriptions traditionnelles, et les principes du contradictoire et de l'égalité des armes en pleine structuration à l'image naissante des droits de la défense. À l'origine, elles sont confrontées à une insuffisance des droits de la défense. Puis, au fil des réformes, ceux-ci montent en puissance grâce à l'application des principes du contradictoire et de l'égalité des armes. Le terme d'émergence utilisé à dessein pour caractériser ce phénomène, n'est pas usurpé, seulement les changements en ces matières ont été importants et concentrés sur une période relativement restreinte.

**38.** Aussi, notre système judiciaire s'ouvre-t-il sur de nouveaux champs judiciaires tant en amont qu'en aval du procès pénal, avec des enjeux inédits et des droits de la défense en devenir. Il faut donc envisager successivement la naissance des droits de la défense dans les procédures alternatives aux poursuites (CHAPITRE 1), puis au sein de l'exécution des peines (CHAPITRE 2).

---

<sup>1</sup> Cf. supra introduction

<sup>2</sup> Si la doctrine utilise généralement la notion unique de "*procédures alternatives aux poursuites*" pour désigner l'ensemble des dispositifs entre le classement et les poursuites, pour des raisons de formes, nous utiliserons également les termes de mesures, procédures ou traitements alternatifs ou intermédiaires pour y faire référence.

## CHAPITRE 1 – Les procédures alternatives aux poursuites

« Est-il vraiment choquant qu'une personne poursuivie commence à faire amende honorable avant d'être condamnée en reconnaissant les faits qu'elle a commis et en cherchant à les réparer, facilitant ainsi l'action de la justice ? Ne s'agit-il pas d'une voie plus conforme à la dignité humaine et, de ce fait, plus éducative et donc plus efficace ? »

**39.** Les procédures alternatives aux poursuites appartiennent à un mouvement de fond et transversal du droit processuel que la doctrine<sup>1</sup> rassemble sous l'hyperonyme : modes alternatifs de règlement des conflits ou MARC<sup>2</sup>. Ils possèdent un lien de filiation avec l'institution anglo-saxonne : « *Alternative Dispute Resolution* » ou ADR, dont l'origine remonte « au projet de Columbus (Ohio) en 1969 si l'on s'en tient au mouvement de médiation communautaire associé à la justice pénale, soit à l'expérience de Kitchener (Ontario) en 1974 si l'on se réfère au mouvement "Victim-Offender Reconciliation Program" (VORP) <sup>3</sup> ». Depuis les années 70, des modèles consensuels de règlement des litiges se développent parallèlement à celui du procès judiciaire classique. Ce phénomène ne se limite plus à une juridiction spécifique ou à une branche particulière du droit. Il s'observe au sein de nombreuses disciplines juridiques<sup>4</sup> et se rencontre dans la plupart des systèmes de droit<sup>5</sup>. Au départ, l'engouement du juriste est plus théorique que technique. Celui-ci s'interroge sur les

---

<sup>1</sup> « L'objet étudié a été dès les origines, et est encore désigné par des formules assez diverses. Ce n'est que dans la période récente qu'on peut observer une certaine faveur pour la formule " modes alternatifs de règlement des conflits ". Il est assez difficile d'expliquer cette évolution terminologique, la plupart des auteurs n'exposant pas pourquoi ils utilisent tel mot plutôt que tel autre ». RIVIER, Marie-Claire. *Les MARC, un objet nouveau dans le discours des juristes français*. in *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice*. (dir.) CHEVALIER, Pierre. DESDEVISES, Yvon. MILBURN, Philip. Rapport dans le cadre Mission de recherche « Droit et Justice », La Documentation française, 2003, p.27.

<sup>2</sup> Les MARC désignent les modes de règlement des conflits autres que le mode contentieux judiciaire traditionnel. Ils constituent une catégorie très ouverte dans la mesure où ils ne visent pas à régler seulement les litiges, mais plus largement toutes sortes de difficultés ou de contestations dont la nature n'est pas forcément juridique. Ils englobent tout à la fois les modes conventionnels et les modes judiciaires. Rép. pr. civ. Dalloz, 1999, in Médiation et conciliation.

<sup>3</sup> BONAFE-SCHMITT, Jean-Pierre. *La médiation pénale en France et aux États-Unis*. Coll. Droit et Société, LGDJ, 1998, p.103.

<sup>4</sup> À titre d'exemple, en droit social, les inspecteurs du travail réalisent des médiations, en droit de la consommation, les boîtes postales 5000 opèrent des conciliations, en droit commercial, les entreprises peuvent avoir recours à des médiateurs privés ou à des arbitrages, voir le juge lui-même en matière de divorce, tente une conciliation préalable (art. 231 du Code civil). Ce phénomène touche également le domaine extra-judiciaire tel que la médiation sociale, de quartier, scolaire...

<sup>5</sup> La France n'est pas une exception processuelle au sein de l'Europe, nombre de pays tels que l'Allemagne, l'Espagne, la Belgique ou encore l'Italie ont expérimenté puis consacré dans la loi ces modes alternatifs de règlement des conflits. V. Association Henri Capitant. *Les rencontres internationales de droit comparé sur les modes alternatifs de règlement des conflits au congrès de Damas du 5 au 8 octobre 1996*. Revue internationale de droit comparé, 1997, n°2 pp.309-435.

rapports qui peuvent exister entre le droit étatique et cet espace que Jean Carbonnier appelle « *phénomène infrajuridique* <sup>6</sup> » et que Michel Van de Kerchove et François Ost intitulent « *infra-droit* <sup>7</sup> ». Aujourd'hui, les controverses se sont estompées au profit d'interrogations plus techniques pour lesquelles la crise de la justice est devenue le "catalyseur".

Les MARC sont considérés par la doctrine <sup>8</sup> comme un symptôme des maux dont souffre la justice. Elle est trop coûteuse, trop complexe, trop lourde et trop lente. Il existe un lien indéfectible entre les MARC et le phénomène d'encombrement de l'appareil judiciaire. Les dysfonctionnements sont tels que le justiciable s'interroge sur la capacité de l'État à rendre la justice. Les MARC s'imposent donc comme un remède possible et – relativement – efficace à la crise judiciaire, notamment en matière pénale.

**40.** Au sein des MARC, les procédures alternatives aux poursuites prennent une place particulière eu égard à la spécificité de la procédure pénale. Elles représentent une issue nouvelle au traditionnel dualisme entre les poursuites et le classement sans suite. Pourtant, elles ne sont ni une nouveauté, ni un particularisme du système pénal français. À l'image des autres pays européens<sup>9</sup>, la France connaît un développement conséquent des procédures alternatives aux poursuites<sup>10</sup> : l'expérimentation puis l'institutionnalisation des mesures tendent à prouver, si ce n'est le succès, du moins une certaine efficacité de ces nouvelles procédures. Seulement, l'efficacité des poursuites alternatives ne doit pas faire oublier les principes processuels fondamentaux. La particularité de la matière consiste à pacifier des situations *a priori* contentieuses où l'ordre public est menacé, une victime est blessée et un mis en cause est suspecté. Comme pour le procès judiciaire classique, on retrouve les mêmes protagonistes, les mêmes enjeux et les mêmes problématiques avec pour idéal, la recherche d'un point d'équilibre. Or, pendant la période préalable à la mise en mouvement de l'action publique par le ministère public, il est pertinent de relever l'insuffisance des droits de la défense. De la même manière, il est nécessaire de constater leur existence en aval de l'orientation.

Aussi, pour apprécier la densité des droits de la défense d'aujourd'hui (SECTION 2), il est nécessaire d'expliquer leur apparition au sein des procédures alternatives aux poursuites (SECTION 1).

## Section 1 – Anamnèse des droits de la défense

**41.** La multiplication des expériences locales de procédures alternatives aux poursuites en pleine crise judiciaire ne présente pas en parallèle une émergence des droits de

---

<sup>6</sup> CARBONNIER, Jean. *Sociologie juridique*. Coll. Quadrige, Éd. PUF, 1978, pp.218-227.

<sup>7</sup> VAN DE KERCHOVE, Michel., OST, François. *Le système juridique entre ordre et désordre*. Coll. Les voies du droit, Éd. PUF, 1988, p.106.

<sup>8</sup> « *La liaison entre la crise de la justice et les MARC est faite, quels que soient l'époque, le pays concerné ou l'auteur du discours* ». RIVIER, Marie-Claire. op. cit. p.30. V. également, CADIET, Loïc. *Droit judiciaire privé*. 2<sup>nd</sup> Éd. Litec, 1998, p.41, n°71 ; COULON, Jean-Marie. *Réflexions et propositions sur la procédure civile*. Rapport au Garde des Sceaux, La Documentation française, 1997, p.14.

Disponible sur : [http://www.revue-lebanquet.com/pdfs/a\\_0000240.pdf?qid=null&code=](http://www.revue-lebanquet.com/pdfs/a_0000240.pdf?qid=null&code=) [consulté le 08/07/2007]

<sup>9</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. *Procédures pénales d'Europe*. Coll. Thémis, Éd. PUF, 1996, p.551 et s. Sur les formes et objets des procédures négociées, spéc. pp559-574.

<sup>10</sup> LUDWICZAK, Franck. *Les procédures alternatives aux poursuites : une autre justice pénale*. Thèse, Lille, 2006.

la défense (§1). Ces derniers font leur apparition progressivement après plusieurs années d'expérimentation au rythme saccadé des réformes législatives (§2).

## § 1 – La naissance des procédures alternatives aux poursuites

42. L'apparition des procédures alternatives aux poursuites correspond à une crise de la justice où les procédures s'allongent, les coûts financiers s'accroissent et le taux de classement sans suite s'aggrave<sup>11</sup>. Face aux dysfonctionnements sévères de notre système pénal, les magistrats redécouvrent des procédures alternatives aux poursuites d'autrefois, et en expérimentent de nouvelles (A). Elles sont moins stigmatisantes et plus rapides que la poursuite. Elles sont destinées à apporter une réponse adaptée à un certain type de délinquance dans le but de satisfaire un besoin de justice toujours croissant. Toutefois, l'émergence de ces procédures consensuelles n'est pas exempte de sérieuses critiques (B). Du défaut de base légale à la violation de plusieurs principes généraux du droit pénal, la volonté de célérité et d'efficacité des praticiens à travers ces expérimentations se traduit par l'impensé de la défense.

### A – Redécouverte du phénomène et expérimentations

43. Les procédures alternatives aux poursuites ne sont pas une nouveauté<sup>12</sup>. C'est un phénomène à « *éclipse*<sup>13</sup> » inhérent aux insuffisances et aux dysfonctionnements de notre système judiciaire. La fonction de régulation sociale par la recherche de compromis entre les plaideurs a toujours existé de façon plus ou moins prégnante dans nos sociétés. Que ce soit les Mérovingiens après la chute de l'Empire romain, les assemblées tribales traditionnelles ou les juges de paix sous la Constituante de 1791<sup>14</sup>, les carences en institutions judiciaires n'empêchaient pas la résolution des litiges au moyen d'arrangements communautaires. La justice de paix, empruntée aux pratiques anglaises et hollandaises du XVIII<sup>e</sup> siècle, s'affirme comme le parangon d'une forme pérenne de régulation sociale. Sous l'Ancien Régime, une phrase de Mazarin illustre parfaitement cet état d'esprit : « *ce que tu peux régler pacifiquement, ne cherche pas à le régler par la guerre ou par un procès* ». Notre histoire est remplie d'exemples qui ont inspiré les programmes modernes de médiation, qui essaient souvent de transposer les systèmes de régulation des conflits d'antan dans une forme compatible avec les structures sociales modernes. À la période Franque, la composition

---

<sup>11</sup> LINDEPERG, Michèle. *Médiation et conciliation de proximité*. Rapport du Conseil économique et social du 11 juillet 2001, p.75. Une étude du CSA ainsi qu'un sondage révèlent combien les français sont critiques à l'égard de leur justice. Ils sont 98 % à la trouver trop lente, 94 % trop chère, 91 % usant d'un langage trop compliqué et 79 % d'accès inégal pour les citoyens. 90 % d'entre eux déclarent préférer s'arranger à l'amiable conformément au vieil adage selon lequel un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès.

Disponible sur : <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/014000547/0000.pdf> [consulté le 08/07/2007]

<sup>12</sup> ARMAND-PREVOST, Michel. *L'avocat, le juge et le médiateur*. PA du 8 juillet 1998, n°81 ; LINDEPERG, Michèle. op. cit. p.7.

<sup>13</sup> GUINCHARD, Serge., BANDRAC, Monique., LAGARDE, Xavier., et al. *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès*. Précis Dalloz, 3<sup>e</sup> Éd., 2005, n°584.

<sup>14</sup> DEZALAY, Yves. *Justice en dentelles, justice à l'abattage, esquisse d'une économie politique de la justice négociée : approche historique et comparative*. Document dactylographié, CNRS, 1987, p.23.



pécuniaire<sup>15</sup> est un mode de règlement consensuel des conflits qui ressemble beaucoup à notre réparation ou médiation pénale d'aujourd'hui. À l'époque, elle est librement négociée entre les parties, et représente le rachat de la vengeance et le prix du sang. La composition varie selon la nature du délit et la qualité de la victime.

Jusqu'à la fin du Moyen Âge, une partie de la France<sup>16</sup> adopte la pratique de la transaction privée en matière pénale malgré la prohibition du pouvoir royal. Aussi, au regard de notre histoire, il est scientifiquement plus juste de parler d'une redécouverte – plutôt que d'une découverte – des procédures alternatives, et ce même en matière pénale, considérée généralement comme le « *domaine réservé* » du pouvoir régalien.

En désuétude, elles réapparaissent suite à un vaste mouvement d'idées, et dans un contexte politique et social favorable<sup>17</sup>. Toutefois, l'émergence des procédures alternatives sous forme d'expérimentation locale (3) n'existerait pas sans la conjonction de facteurs endogènes (2) et exogènes (1) déterminants<sup>18</sup>.

### 1) Les causes exogènes à l'émergence des procédures alternatives

**44.** Les principales raisons exogènes à l'émergence des procédures alternatives sont une forte demande sociale de justice et l'accroissement du sentiment d'insécurité.

Comme l'observe Jacques Faget, « *il est assez paradoxal de proposer des solutions de désinstitutionnalisation de la gestion des conflits, au moment même où la demande sociale de droit et de justice est en pleine croissance* ». Cette demande s'explique en partie à cause de la multiplication des opportunités de conflit inhérente aux disparités de nos modes de vie et à l'évolution de la société en général. Le développement des communications, des échanges sociaux, l'accroissement du nombre de biens en circulation et des inégalités économiques et sociales sont autant de sources potentielles de litiges.

À ce phénomène, s'ajoute les demandes croissantes de justice de la part des victimes. Il n'est plus toléré qu'une personne reste sans secours à la suite d'un dommage, sous prétexte que son auteur est insolvable ou non identifié. Cette dérive judiciaire fondée sur le phénomène de victimisation – et particulièrement présent dans le système pénal américain – conduit à ce que Pierre Rosanvallon appelle « *la société de réparation généralisée* » cherchant dans tous les aléas et les injustices de la vie une source de financement et de redistribution.

Aussi, le développement du marché de l'accès au droit avec la création de services juridiques tel que la consultation gratuite d'avocats, les associations de consommateurs ou autres défenses d'intérêts catégoriels, répond en partie à ce besoin de justice, et insidieusement, encourage et participe à cette revendication.

En outre, corrélativement à cette demande de justice, le sentiment d'insécurité s'inscrit durablement dans l'esprit de notre société.

**45.** Depuis une vingtaine d'années, le sentiment d'insécurité est devenu un thème majeur du débat public, une priorité des politiques, une quête d'explications pour l'ensemble

---

<sup>15</sup> CARBASSE, Jean-Marie. *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*. Coll. Droit fondamental, Éd. PUF, 2000, n°39.

<sup>16</sup> La Provence, le Languedoc et le Massif central. Dans le pays de Liège, la transaction privée en cas d'homicide sera admise jusqu'au XVI<sup>e</sup> siècle. CARBASSE, Jean-Marie. op. cit. n° 58.

<sup>17</sup> FAGET, Jacques. *La médiation. Essai de politique pénale*. Éd. Érès, 1997, pp.23-54.

<sup>18</sup> FAGET, Jacques. op. cit. pp.57-72. Nos développements s'annoncent comme une synthèse de la démonstration de l'auteur.

de la communauté scientifique<sup>19</sup>. En 1980, la France, comme les autres États européens, se trouve confrontée à une augmentation sensible de la petite et moyenne délinquance. C'est une délinquance "du quotidien" qui irrite le citoyen, interroge le politique et dépasse les capacités d'adaptation de la justice. En mai 1982, une Commission de Maires se réunit pour « *procéder à une réflexion d'ensemble et faire des propositions concrètes susceptibles d'enrayer le développement du sentiment d'insécurité* ». Elle se conclut par la rédaction d'un texte fondateur, le rapport Bonnemaison<sup>20</sup>. Celui-ci symbolise les débuts de la politique de la ville. On y retrouve des formulations équivalentes à la théorie américaine de la « *vitre brisée* »<sup>21</sup> : l'idée que ce sont les petits désordres qui déterminent l'intensité du sentiment d'insécurité plus que les grands délits et qu'il importe de rendre la police et la justice plus concernées à ceux-ci<sup>22</sup>. Mais contrairement aux États-Unis, où le *community policing*<sup>23</sup> sert d'alibi à l'indéniable accentuation de la répression<sup>24</sup>, depuis une vingtaine d'années, leur homologue français, les conseils communaux de prévention de la délinquance<sup>25</sup> (CCPD) optent pour une prévention de la délinquance<sup>26</sup> et une réinsertion du délinquant fondée sur le constat que la répression conduit bien souvent à la récidive. Parallèlement à la mise en œuvre de cette politique de la ville, le système pénal français manifeste des signes d'asphyxie.

## 2) Les causes endogènes à l'émergence des procédures alternatives

**46.** Les principales raisons endogènes à l'origine de la naissance des traitements alternatifs sont la surcharge du système pénal, un accroissement conséquent du classement sans suite et le constat d'inadaptation de notre outil judiciaire.

Selon les statistiques établies par le Ministère de l'Intérieur, le taux de criminalité rapporté à la population est passé de 25,16 pour 1 000 habitants en 1971 à 57,12‰ en 1987<sup>27</sup>. Avec toute

---

<sup>19</sup> **ROCHE**, Sébastien. *Le sentiment d'insécurité*. Éd. PUF, 1993 ; **ROCHE**, Sébastien. *Insécurité et liberté*. Le Seuil, 1994. **LAGRANGE**, Hugues. *Perception de la violence et sentiment d'insécurité*. Déviance et société, n°4, 1984, pp.321-344.

<sup>20</sup> Disponible sur : <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/834037801/0000.pdf> [consulté le 08/07/2007]

<sup>21</sup> **WILSON**, James., **KELLING**, Georges. *Broken window. The police and the neighborhood safety*. Mars 1982. in Les cahiers de la sécurité intérieure, n°15, pp.163-180. **DONZELOT**, Jacques., **WYVEKENS**, Anne., **MEVEL**, Catherine. *Faire société. La politique de la ville aux États-Unis et en France*. Éd. Seuil, 2003, pp.250-260.

<sup>22</sup> Le constat d'un décalage dans l'échelle de valeurs entre une infraction classique et un trouble du voisinage, des incivilités et autres dérivés, est patent. À cet égard, « *la réalité montre que l'appréhension de la gravité de la délinquance est différente de la part des habitants d'un quartier de celle d'un juge ou d'un policier. Le pétard mis dans la boîte aux lettres, le motard qui réveil tout un quartier, sont ressentis plus vivement par les habitants que le vol dans un supermarché. Or, force est de constater que l'action répressive s'organise mieux lors d'un vol dans un supermarché que lors de troubles délibérés de la vie en société* ». in Rapport Bonnemaison, commission des maires sur la sécurité. *Face à la délinquance : Prévention, répression, solidarité*. p.11.

<sup>23</sup> **DONZELOT**, Jacques., **WYVEKENS**, Anne. *Le « community policing » aux États-Unis, un mode alternatif de règlement des conflits urbains*. Publication du CEPS, Avril 2000.

<sup>24</sup> **WACQUANT**, Loïc. *Les prisons de la misère*. Paris, 1999, Coll. Raison d'agir.

<sup>25</sup> L'objectif original des CCPD est de mettre en réseau les constats et la recherche de solutions aux problèmes pénaux complexes auprès de l'ensemble des partenaires institutionnels concernés afin de restaurer du lien social.

<sup>26</sup> **GAUTRON**, Virginie. *Les politiques publiques de lutte contre la délinquance*. Thèse, Nantes, 2006.

<sup>27</sup> En 50 ans, le taux de criminalité rapporté à la population est passé de 14.06 ‰ habitants en 1949 à plus de 64‰ en 2000. La France n'est pas une exception statistique, les autres pays européens (Allemagne, la Belgique, le Royaume-Uni et le Danemark...) connaissent également un accroissement important du taux de criminalité. in

la prudence nécessaire à la manipulation des statistiques<sup>28</sup>, durant cette période, les infractions contre les biens ont augmenté de 156 %, les infractions économiques de 98 % et les infractions contre les personnes de 26 %. Soit un accroissement global du nombre d'infractions de 145 %.

Cette explosion de la délinquance entraîne systématiquement une inflation des saisines pénales auprès des parquets pour qui la politique pénale se réduit à une gestion de stocks et de flux. Les nombreux aménagements législatifs comme la dépénalisation de l'émission de chèques sans provision, la contraventionnalisation des infractions routières et le recours à l'ordonnance pénale<sup>29</sup> n'ont pas permis d'endiguer le volume croissant des affaires. De plus, au cours de la même période, le déficit chronique des moyens en matériel et en personnel ne permet plus de satisfaire les exigences normales et quotidiennes du service public de la justice<sup>30</sup>. Les procureurs Généraux reconnaissent avec quelques réticences que 15 à 20 % des procédures classées sans suite et visant des personnes dénommées le sont par manque de moyens<sup>31</sup>. Ainsi, l'encombrement de notre système répressif est tel qu'il oblige en pratique les juges à réaliser des "opérations de délestage"<sup>32</sup> qui conduisent vers des mécanismes étatiques d'impunité.

**47.** L'augmentation des classements sans suite, pendant les dernières décennies, a préoccupé l'opinion, les élus et les responsables des politiques judiciaires.

Pour s'en convaincre, un rapport du Sénat<sup>33</sup> au titre évocateur : " *Les infractions sans suite ou la délinquance maltraitée* ", souligne que le taux de classement sans suite « brut » des plaintes et procès-verbaux reçus par les parquets est passé de 69 % en 1987 à 80 % en 1995 pour atteindre 86 % en 1998. Plus inquiétantes et significatives encore sont les 50 % de plaintes contre des auteurs connus qui ont fait l'objet d'un classement sans suite en 1992.

Parmi les nombreuses publications<sup>34</sup> écrites par des journalistes, des avocats, des magistrats, des universitaires ou des politiques, tous décrivent une justice encombrée, accablée par les

---

**LINDEPERG**, Michèle. *Médiation et conciliation de proximité*. Rapport du Conseil économique et social du 11 juillet 2001, p.76.

<sup>28</sup> Les statistiques de police établies conformément aux dispositions de l'article D.8 du Code de procédure pénale procèdent de la comptabilisation des procès-verbaux de police judiciaire. Elles ne prennent donc pas en compte :

- les infractions relevées par d'autres administrations (douanes, services fiscaux, inspection du travail...);
- toutes les contraventions ;
- les délits relatifs à la circulation routière ;
- les actes de police administrative (fugues de mineurs, internements administratifs...)

**AUBUSSON de CAVARLAY**, Bruno. *Les statistiques policières : que compte-t-on et comment ?* Questions Pénales 1997, n°3.

<sup>29</sup> Cf. infra Chapitre 4, n°288 et s.

<sup>30</sup> « *Au fil des ans, les tâches confiées à la justice se sont accrues de manière phénoménale sans que les moyens suivent. Le nombre annuel des affaires traitées est ainsi passé de 826 000 à 1 886 000 en vingt ans, alors que le nombre de magistrats n'augmentait que de 1 035, passant de 5 000 en 1975 à 6 135 en 1997. Aujourd'hui, nous avons le même nombre de juge qu'en 1857* ». Comptes rendus AN, séance du jeudi 15 janvier 1998 ; **BRUNEL**, Anne. *Justice, l'autorité sans pouvoir*. Paris, Éd. Du Félin, 1991.

<sup>31</sup> Rapport d'information du Sénat n°513 par H. Haenel, annexe au procès-verbal de la séance du 18 juin 1998 sur les infractions sans suite ou la délinquance maltraitée.

Disponible sur : <http://www.senat.fr/rap/r97-513/r97-5130.html> [consulté le 08/07/2007]

<sup>32</sup> Expression employée par les praticiens.

<sup>33</sup> **HAENEL**, Hubert. op. cit.

<sup>34</sup> **LECLERC**, Henri. *Un combat pour la justice*. Éd. La découverte, 1994 ; **LOMBARD**, Paul. *Quand la justice se trompe*. Éd. Robert Laffont, 1981 ; **SOULEZ-LARIVIERE**, Daniel. *Justice pour la justice*. Éd. Seuil, 1990 ; **AUBUSSON DE CAVARLAY**, Bruno., **LÉVY**, René., **SIMMAT-DURAND**, Laurence. *L'abandon des poursuites par le Parquet*. Bulletin d'information du Centre de recherches sociologiques sur le droit et les

retards, impuissante à les assumer et contrainte parfois à l'abattage<sup>35</sup>. De l'aveu même des magistrats, des préoccupations de gestion des flux viennent s'ajouter aux motifs traditionnels du classement et, compte tenu de la capacité d'absorption des juridictions de jugement, la poursuite n'est engagée qu'à l'égard des affaires jugées prioritaires<sup>36</sup>. Une phrase résume bien l'état d'esprit qui prévaut à l'époque : « *il y a classement en opportunité lorsque le magistrat estime que la poursuite de l'infraction présenterait plus d'inconvénients pour l'ordre public et pour la juridiction que d'avantages...* »<sup>37</sup>.

Par ailleurs, il ne faut pas oublier le facteur accélérant que le développement du traitement en temps réel des procédures représente, dans le but de satisfaire à l'objectif de célérité de la justice. La création de STD<sup>38</sup> au sein des parquets au début des années quatre-vingt-dix a significativement accéléré le flux – en plus de la quantité – des affaires pénales, ce qui a conduit à choisir entre l'engorgement des tribunaux et l'accroissement du classement sans suite. Il en résulte pour les nombreux délits de petite et moyenne gravité, une absence de réponse pénale ou une réponse trop lente, trop tardive et souvent inadaptée.

**48.** Un procès pénal n'est pas toujours la réponse appropriée à la commission d'une infraction. Pour autant, le classement sans suite peut générer un sentiment d'impunité chez son auteur, d'abandon chez la victime et d'incompréhension chez le justiciable, la sensation que la justice ne fait pas son travail.

D'un côté, la poursuite devant le Tribunal correctionnel ou le Tribunal pour enfants – si l'auteur est mineur – pour un vol de CD dans un magasin apparaît manifestement disproportionnée, par rapport à l'atteinte à l'ordre public, aux peines encourues, et prononcées. Est-il nécessaire et utile de mobiliser toute une juridiction (magistrats, parquet, greffier, huissier audiencier et avocats), d'encombrer le greffe et le rôle pour des petits délits ? D'un autre côté, l'infraction ne peut rester impunie, eu égard à la victime d'une part, et à son auteur d'autre part. Une sanction rapide et concrète de l'auteur permet au plaignant d'être reconnu dans son statut de victime. Pour l'auteur, elle possède une portée éducative avec le rappel de la loi, une dimension préventive dans la lutte contre la récidive et une valeur prophylactique à l'égard de tous. Seulement, jusqu'au début des années 80, la réponse judiciaire oscillait à l'intérieur du dualisme : classement ou poursuite.

Face à l'inadaptation, l'encombrement, la lourdeur, le coût et la lenteur des procédures judiciaires, les juges, plus spécialement les magistrats du parquet ont fait preuve d'imagination prétorienne en créant le classement sous condition, le rappel à la loi, la médiation et autres transactions locales aussi disparates qu'éclectiques afin de contourner le choix imposé (classement/poursuite).

---

institutions pénales, 1990 III.2 ; **GREILSAMER**, Laurent., **SCHNEIDERMAN**, Daniel. *Les juges parlent*. Éd. Fayard, 1992. **HAENEL**, Hubert., **FRISON-ROCHE**, Marie-Anne. *Le juge et la politique*. Éd. PUF, 1998.

<sup>35</sup> **DANET**, Jean. *Défendre. Pour une défense pénale critique*. Coll. Regards sur la justice, 2<sup>nd</sup> Éd. Dalloz, 2004, pp.68.

<sup>36</sup> **CARTIER**, Marie-Élisabeth. *Les modes alternatifs de règlement des conflits en matière pénale*. Revue générale de procédure, 1998, p.2.

<sup>37</sup> **LUCIANI**, Dominique. *Les alternatives aux poursuites pénales*. in *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice*. (dir.) **CHEVALIER**, Pierre., **DESDEVISES**, Yvon., **MILBURN**, Philip. Rapport dans le cadre Mission de recherche « Droit et Justice », La Documentation française, 2003, p.118.

<sup>38</sup> Service de Traitement Direct

3) *Des expérimentations locales*

49. À l'initiative de magistrats du parquet de Valence et de Grenoble ou de certains responsables d'association de victimes (INAVEM) ou de contrôle judiciaire (CLCJ), les alternatives aux poursuites se développent.

Au sein des juridictions, chaque procureur de la République selon ses conceptions, ses objectifs et les moyens mis à sa disposition, instaure un modèle spécifique. À partir des travaux<sup>39</sup> du CRPC, nous nous intéressons essentiellement à deux des trois catégories<sup>40</sup> rassemblant l'ensemble des pratiques, à savoir, le système interne au ministère public et le système où le parquet est en interface avec la société civile.

Le modèle de médiation<sup>41</sup> dit "*retenue*", dans lequel le parquet gère lui-même les alternatives aux poursuites, est une pratique qui est restée marginale. Seuls les parquets de Lyon, de Pontoise et de Nanterre<sup>42</sup> l'ont expérimenté car ils refusaient de déléguer cette charge de travail au milieu associatif. Les magistrats professionnels *in personam*, en qualité de médiateur, exerçaient les rappels à la loi, les classements sous condition et autres médiations au sein des Maisons de la Justice et du Droit (MJD). Cependant, en raison de carences structurelles, de problèmes d'organisation et de gestion des emplois du temps, les parquets décident finalement, au début des années quatre-vingt-dix, de faire appel à des magistrats honoraires et aux travailleurs sociaux<sup>43</sup>. La quasi-généralisation de l'office de magistrats honoraires observée par Anne Wyvekens, l'autorise à qualifier ce mouvement ambigu de "*déjudiciarisation-rejudiciarisation*"<sup>44</sup>.

Le modèle de médiation dit "*déléguée*" qui associe le ministère public et la société civile, est le système majoritairement utilisé par les juridictions. Il met en œuvre une coopération entre le secteur associatif de la société civile et le service pénal du parquet. L'expérimentation démarre à Paris en 1983, puis elle se diffuse à Strasbourg en 1984 et à Bordeaux en 1985<sup>45</sup>. Sans attendre de résultats probants – il faut plusieurs années de recul pour analyser la pertinence d'une nouvelle procédure de politique pénale – les expérimentations se développent<sup>46</sup> dans tout le pays eu égard aux besoins du parquet et aux attentes de la société civile.

---

<sup>39</sup> Acte du colloque sur la médiation pénale organisé par le CRPC. APC 1992, n° 14.

<sup>40</sup> La troisième catégorie regroupe les systèmes de médiation organisés et gérés par la société civile, en dehors de toute intervention judiciaire. On utilise le terme de médiation "*sociétale*" par opposition à la médiation dite "*judiciaire*". Il s'agit des médiations de quartier, scolaire, sociale...

<sup>41</sup> Une précision de vocabulaire est nécessaire à cet endroit de la démonstration. Avant d'utiliser le terme générique de procédures alternatives aux poursuites pour désigner l'ensemble des MARC de matière pénale, la doctrine utilisait le terme de médiation, dans un sens large.

<sup>42</sup> LAZERGES, Christine. *Essai de classification des procédures de médiation*. APC 1992, n° 14, p.17 et s. ; *Typologie des procédures de médiation pénale*. in Mélanges A. Colomer, Éd. Litec, 1993, p.224. Archives de Politique Criminelle n° 14 p. 17 et s

<sup>43</sup> GUILBOT, Michèle., ROJARE, Sophie. *La participation du Ministère Public à la médiation*. in APC 1992, n° 14. Acte du colloque sur la médiation pénale organisé par le CRPC, p.46.

<sup>44</sup> WYVEKENS, Anne. *Analyse de l'activité des MJD du TGI de Lyon*. ERPC, Ministère de la Justice, 1995, p.32.

<sup>45</sup> FAGET, Jacques. *La médiation. Essai de politique pénale*. Éd. Érès, 1997, p.50.

<sup>46</sup> Dans un document interne à la Direction des Affaires Criminelles et des Grâces, l'auteur relève qu'à la fin des années 80, les mesures alternatives sont encore très marginales. S'agissant de la médiation, seule un vingtaine de parquets fait état de telles pratiques, d'autres utilisent le classement sous condition. in LUCIANI, Dominique. op. cit. p.119.

Au début des années quatre-vingt-dix, ce dynamisme pionnier ressemble à une mosaïque naturellement désordonnée. Elle compte environ 70 systèmes d'alternatives aux poursuites<sup>47</sup>, tous différents, du fait de la diversité des acteurs et de l'immense variété des cadres juridiques<sup>48</sup>. Ainsi à Paris, c'est une association de victimes qui a la charge d'exécuter les procédures alternatives aux poursuites, alors qu'à Bordeaux, c'est une association de contrôle judiciaire, et à Nantes, une association à l'origine spécialisée pour les mineurs. Si à l'origine, l'expérimentation des alternatives aux poursuites ne pose pas véritablement de problèmes, son essor anarchique soulève à présent des critiques de fond.

## B – De sérieuses critiques

50. Les procédures alternatives aux poursuites font l'objet de divers griefs. Tout d'abord, ces pratiques s'exercent malgré un manque de bases légales évident. Nonobstant le cadre général de l'article 40 du Code procédure pénal relatif au pouvoir d'opportunité des poursuites accordé au procureur de la République, les parquets conditionnent certains classements, exercent des rappels à la loi et proposent des médiations en l'absence de bases légales<sup>49</sup>. Cette carence légaliste contrevient ostensiblement au principe de légalité<sup>50</sup>. Les différentes conventions – accord verbal, protocole d'accord – signées entre le parquet et les différentes associations pour structurer et organiser les pratiques n'auront jamais la dimension et la portée d'une loi. De même, la pratique à Valence<sup>51</sup> qui consiste à rattacher les procédures alternatives aux poursuites au décret du 20 mars 1978 sur la conciliation<sup>52</sup> est très insuffisante et critiquable. Cette tentative de légitimation est insuffisante parce que le cadre, le régime et les effets juridiques de la conciliation ne sont ni ceux de la médiation, ni ceux du rappel à la loi et du classement sous condition, sauf à leur reconnaître, une capacité de distorsion exorbitante de droit commun. Elle est également critiquable, au regard du principe d'interprétation stricte de la loi pénale inscrit à l'article 111-4 du Code pénal, qui prohibe tout raisonnement par analogie ou induction. Par ailleurs, la nature hétérogène des mesures alternatives et leurs applications disparates au sein des parquets constituent une atteinte au principe d'égalité des citoyens devant la loi et entraînent des différences de traitement injustifiables. Selon la pratique du parquet, un même fait pourrait être poursuivi, faire l'objet d'un classement sans suite ou encore d'une alternative en fonction de la politique pénale locale. Ces disparités spatiales sont difficilement justifiables. Ensuite, ces pratiques révèlent un détournement de l'action publique au profit du parquet. En vertu de l'article 1 du Code de procédure pénale, le ministère public est seulement titulaire de son exercice, il en est nullement le propriétaire. Il ne peut en disposer de manière arbitraire et inégale selon les juridictions sans une autorisation expresse de la loi. En outre, cette

---

<sup>47</sup> Circ. du 02 octobre 1992 relative aux réponses à la délinquance urbaine et sa note d'orientation, sur la médiation pénale, BOMJ n°48, p.21 et s. ; **BLANC**, Gérard. *La médiation pénale. Commentaire de l'article 6 de la Loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale*. JCP 1994, I, 3760, p.212.

<sup>48</sup> **GUILBOT**, Michèle., **ROJARE**, Sophie. op. cit. pp.44-47.

<sup>49</sup> Plus précisément, la médiation pénale s'appuyait sur les articles 458, 469-1 et 469-3 du Code de procédure pénale.

<sup>50</sup> Principe général du droit pénal reconnu au niveau international, européen et interne, avec une valeur constitutionnelle. Cf. art. 9, 10 et 11 de la DUDH, art. 9, 14 et 15 du PACP, art. 49 de la Charte des droits fondamentaux, art. 5, 7 et 8 de la DDHC et 111-2 du C. pr. pén.

<sup>51</sup> **APAP**. Georges. *La conciliation pénale à Valence*. Rev. sc. crim. 1990, p.693.

<sup>52</sup> Décret n° 78-381 du 20 mars 1978 relatif aux conciliateurs de justice. JORF du 23 mars 1978. Disponible sur : <http://www.legifrance.gouv.fr/texteconsolide/ADHIFY.htm> [consulté le 08/07/2007]

appropriation s'effectue malgré la qualité d'ordre public attribuée au principe d'indisponibilité de l'action publique.

Enfin, il n'appartient pas au ministère public de sanctionner les infractions à la loi pénale. Le principe de séparation des autorités de poursuites et de jugement s'y oppose catégoriquement. Il exerce un pouvoir d'orientation des affaires pénales et non un pouvoir de jugement. Pourtant en intercédant dans les procédures en faveur d'une mesure alternative aux poursuites, le parquet est à la fois juge et partie, notamment dans le cadre d'une médiation exercée par un magistrat du ministère public en fonction.

En sus de ces atteintes aux principes généraux du droit, il nous faut constater l'absence de la défense.

**51.** Sous sa forme individuelle et collective, la défense est la grande absente des procédures alternatives aux poursuites. Ni les avocats, ni les syndicats et le Barreau n'ont été sollicités pour participer à l'élaboration puis à la mise en œuvre des mesures alternatives (1).

À la décharge du ministère public, il faut relever que la défense, dans toutes ses acceptations, n'a pas fait l'effort, ni de s'y intéresser, ni de s'y imposer comme un acteur incontournable (2). Aussi l'absence de la défense soulève de nombreuses interrogations sur les raisons de son inexistence et sur les nombreux enjeux inhérents aux nouvelles procédures (3).

#### *1) Mise en cause du parquet*

**52.** Pourquoi la défense est-elle absente du débat des procédures alternatives aux poursuites ? Cette anomalie processuelle est avant tout plurifactorielle. Il n'est pas possible d'imputer la responsabilité de cet échec à un seul et unique protagoniste du procès pénal.

Du point de vue du parquet, il est possible d'avancer l'idée que ces nouvelles procédures ont été instituées, à l'origine, dans une démarche exclusivement "*parquetière*"<sup>53</sup> ou le défaut de communication et d'information avec le barreau est prégnant<sup>54</sup>. Cela entraîne une méprise plus ou moins consciente et explicite vis-à-vis des autres parties. À cet égard, la diversité des pratiques fait fluctuer la politique des parquets entre deux conceptions : au moins justifiable, les promoteurs n'en ont pas conscience et la défense pénale se résume à un impensé judiciaire, au plus critiquable, l'intérêt des parties est intentionnellement négligé, notamment la défense pénale, qui est volontairement tenue à l'écart.

**53.** Tout d'abord, s'il s'agit d'une adaptation prétorienne d'un modèle consensuel de règlement des litiges réalisée par le parquet, les procédures alternatives aux poursuites s'inscrivent avant tout dans une logique quantitative<sup>55</sup> de désengorgement du circuit judiciaire traditionnel et comme une alternative au classement sans suite. Elles sont pensées, structurées et mises en œuvre par et pour la partie poursuivante afin de satisfaire un objectif précis : accroître le pourcentage de réponse pénale à l'aide de procédures simples et rapides.

---

<sup>53</sup> FAGET, Jacques. *Accès au droit et médiation*. Rapport de recherche du GIP " Mission de recherche Droit et Justice", 2000, n°12, p.60.

<sup>54</sup> À titre d'exemple, les Barreaux de Cambrai et de Paris n'ont pas été informés de l'expérimentation des procédures alternatives en cours dans leur ressort respectif. in STASI, Mario. *La médiation, le point de vue des avocats*. APC 1992, n° 14, Acte du colloque organisé par le CRPC sur la médiation, CA Paris du 25 octobre 1991, p.86.

<sup>55</sup> WYVEKENS, Anne. *Les maisons de justice : sous la médiation, quelle troisième voie ?* in *La médiation pénale. Entre répression et réparation*. (dir.) CARIO, Robert., Coll. logiques juridiques, Éd. L'Harmattan, 1997, p.75.

Il s'agit d'une vision unilatérale à sens unique, une équation où la défense persiste à rester une inconnue.

Ensuite, il est possible d'avancer l'idée que les droits de la défense ne s'imposent pas d'eux-mêmes à l'esprit des magistrats en raison des faibles enjeux. Cette idée repose notamment sur le champ d'application des procédures alternatives. Leurs domaines d'intervention comprennent des contentieux de masse de faible importance, des infractions de petite et moyenne gravité, tels que les conflits familiaux, de voisinage, les infractions à la circulation routière et les atteintes aux biens. Aussi, la quantité des procédures à traiter, associée aux faibles intérêts en jeu, peuvent constituer une explication à l'indifférence manifestée à l'égard de la défense.

Enfin, lorsque les magistrats<sup>56</sup> chargés de ces questions à la Chancellerie concèdent qu'il serait préjudiciable que les avocats se retrouvent en droit et en fait écartés du champ des procédures alternatives, comme le souligne l'auteur, « *la lecture attentive de leurs écrits démontre que, dans l'ensemble de la politique judiciaire de la ville qu'ils proposent, la défense est absente, comme l'impensé de leur réflexion* »<sup>57</sup>.

**54.** Toutefois cet impensé judiciaire va très vite laisser la place à une exclusion volontaire de la défense. Les propos tenus par Monsieur le procureur de la République de Bayonne illustrent parfaitement ce changement de position : « *Il s'agit d'une phase non contentieuse dans laquelle la présence de l'avocat n'est pas souhaitée et, en tout état de cause, ne s'avère pas nécessaire* »<sup>58</sup>. On passe ainsi d'une hypothèse naïve où règne l'ignorance involontaire de la défense à une position ferme et intentionnelle qui impose son exclusion<sup>59</sup>. Cependant les arguments tant quantitatifs que qualitatifs sont sensiblement différents.

La défense n'est pas souhaitée parce qu'elle constitue un frein – naturel – aux procédures alternatives aux poursuites. Face à l'obligation de résultat du parquet, il faut en convenir, la reconnaissance de droits à l'égard des justiciables – en défense comme en partie civile – a incontestablement tendance à alourdir la procédure en octroyant des délais nécessaires à leurs exercices. Par conséquent, l'impératif de célérité et d'efficacité inhérents aux procédures alternatives aux poursuites hypothèque *ab initio* toute réflexion sur la place éventuelle d'une défense.

Ensuite, la défense n'est pas requise parce qu'elle est considérée comme superflue. En effet, au regard des enjeux limités, il est permis de s'interroger sur la pertinence de la mise en œuvre des droits de la défense. L'intervention d'un avocat dans une affaire de troubles du voisinage, de conflits familiaux ou de vol à l'étalage est-elle vraiment nécessaire ? opportune ? À ces interrogations le ministère public répond par la négative.

---

<sup>56</sup> PEYRAT, Dominique. *La politique de la ville*. Gaz. Pal. du 26-28 mars 2000, Doct. pp.8-11.

<sup>57</sup> DANET, Jean. *Défendre. Pour une défense pénale critique*. Coll. Regards sur la justice, 2<sup>nd</sup> Éd. Dalloz, 2004, p.157.

<sup>58</sup> HADIDI, Farida. *Les enjeux de la médiation pénale pour l'avocat*. in *La médiation pénale. Entre répression et réparation*. (dir.) CARIO, Robert., Coll. logiques juridiques, Éd. L'Harmattan, 1997, p.129.

<sup>59</sup> FAGET, Jacques. *La médiation. Essai de politique pénale*. Éd. Érès, 1997, p.145. Absente au moment de la genèse des expérimentations, la défense n'est toujours pas représentée lorsque les pratiques s'intègrent à une politique criminelle globale, une politique de la ville naissante. Au sein des CCPD puis des CLS, le parquet s'arroge un quasi-monopole de représentation de la justice dans l'élaboration de la politique de la ville. in DANET, Jean. *Défendre. Pour une défense pénale critique*. Coll. Regards sur la justice, 2<sup>nd</sup> Éd. Dalloz, 2004, p.89-90.



Enfin, la défense n'est pas sollicitée dans la phase préjudiciaire<sup>60</sup> parce que l'assistance d'un avocat entraîne des effets pervers. Certains magistrats et médiateurs<sup>61</sup> prétendent que sa seule présence aurait tendance à entretenir un climat de polémiques au détriment d'une démarche consensuelle, plus adaptée à ce type de procédure. Or, ne pas associer l'avocat à cette phase de règlement des conflits, au seul motif qu'il ne s'agirait pas d'une phase contentieuse, est d'une part, particulièrement réducteur quand à la définition même de la fonction d'avocat ; mais c'est surtout oublier, d'autre part, qu'il entre précisément dans les prérogatives de celui-ci de mettre sur pied des réconciliations, des transactions ou toutes autres procédures de pacification<sup>62</sup>. Servir au mieux les intérêts du justiciable est une exigence qui ne privilégie ou n'exclut aucun moyen *a priori*, qu'il soit offensif ou conciliant. C'est effectivement bien mal (re) connaître la fonction et le travail des conseils que de les réduire à une sorte « *d'empêcheurs de juger en rond* »<sup>63</sup>.

Par ailleurs, pour Jacques Faget : « *admettre la présence d'un avocat c'est d'abord déséquilibrer la situation vis-à-vis d'une personne qui n'en aurait pas* »<sup>64</sup>. Effectivement, l'entrée d'un conseil crée en apparence une rupture de l'égalité des justiciables devant la loi. Mais, est-ce suffisant pour justifier un nivellement des droits de la défense vers le dénominateur le plus bas ? En outre, n'est-ce pas déjà le cas en garde à vue ou devant le Tribunal correctionnel ?

Comme la préexistence d'une telle inégalité au sein de notre procédure pénale ne justifie en rien celle qui nous préoccupe, il est plus pertinent de s'arrêter sur sa réelle nature. Nous pourrions être d'accord avec cette affirmation, si et seulement si, la partie sans conseil n'avait pas les mêmes droits – à un avocat – que son adversaire. Or, en l'espèce, il n'en est nullement question. L'inégalité réelle entre les deux parties résulte davantage d'un choix personnel que d'une contrainte juridique ou financière. Dans cette hypothèse, il n'y aurait de déséquilibre que volontaire entre les parties, sauf à rendre l'avocat obligatoire.

Malgré ces critiques, les promoteurs des premières expériences n'ont pas souhaité associer les avocats à la mise en œuvre des nouveaux traitements alternatifs. En parallèle, le Barreau ne s'y est pas immédiatement intéressé.

## 2) Mise en cause du Barreau

**55.** Faute à un comportement relativement passif, l'avocat, dans sa dimension individuelle et collective, est en partie responsable de son absence des nouvelles procédures. Pour sa défense, il faut convenir que le manque de communication et le défaut d'information – manifeste – de la part du parquet à propos des travaux et réunions préparatoires à la mise en œuvre des expérimentations, atténuent sensiblement sa part de responsabilité. Cependant, si son absence est excusable *ab initio* du fait de son ignorance, elle ne l'est plus, une fois les

<sup>60</sup> Nous utilisons le terme préjudiciaire à dessein de qualifier plus justement dans l'espace et dans le temps les procédures alternatives aux poursuites. La notion de contentieux ou non, voire même de précontentieux donne lieu à une polémique stérile qui se révèle en définitive indifférente.

<sup>61</sup> APAP. Georges. op. cit. p.633. FAGET, Jacques. loc. cit. p.145. BERG, Rémi. *L'avocat et le médiateur*. PA du 28 juillet 1999, n°149, p.17.

<sup>62</sup> HADIDI, Farida. loc. cit. p.129.

<sup>63</sup> LECLERC, Henri. *Un combat pour la justice*. Éd. La découverte, 1994, p.197.

<sup>64</sup> FAGET, Jacques. loc. cit. p.145. Il faut tout de même noter une certaine propension à la contradiction parmi les arguments des opposants à la présence de l'avocat au sein des procédures alternatives aux poursuites, certain estimant qu'il est facultatif, pas nécessaire voire parfaitement inutile de se faire représenter alors que d'autres au contraire relèvent que sa seule présence à une incidence sur l'issue de l'affaire.

pratiques connues et mises en œuvre. Dans leurs grandes majorités, les Barreaux sont restés sans réaction devant la multiplication des expérimentations. Loin d'être invités et encore moins sollicités, ils ont fait l'effort d'une réflexion globale et manifesté leurs réactions qu'à de trop rares occasions<sup>65</sup>.

La différence de structure et de nature permet d'expliquer en partie cet état de fait. Face à un parquet structuré, hiérarchisé, ouvert sur la société civile, participant à la politique de la ville et capable d'une réflexion corporatiste d'ensemble, la défense apparaît au contraire atomisée, dispersée et submergée par le flux des affaires courantes, incapable de mener une réflexion globale ou collective sur des questions de politique pénale, à de rares exceptions comme à l'occasion du colloque de Défense pénale<sup>66</sup>.

Au-delà des arguments traditionnels et éculés, qui consistent à retenir que ces nouveaux traitements ne font pas partie de la culture de l'avocat, qu'il adopte à dessein une position d'hostilité, voire de malaise, ne faut-il pas constater tout simplement un certain désintérêt de la profession eu égard aux faibles enjeux des procédures et à la moindre place qu'il leur est faite<sup>67</sup> ?

La place privilégiée de l'accusation associée à la disparition des espaces d'intervention traditionnels de l'avocat – comme les débats devant le juge du siège sur les moyens de preuve, la culpabilité ou la peine –, laissent entrevoir le faible espace de liberté concédé à l'exercice de la profession ou, au contraire, on peut considérer qu'elles leur offrent de nouveaux champs d'application à conquérir.

Par ailleurs, l'absence de prise en charge des procédures alternatives par l'aide juridictionnelle jusqu'à la loi du 18 décembre 1998<sup>68</sup> et ses décrets d'application<sup>69</sup> explique en partie son absence ou du moins son retard d'intégration. Les uns ne souhaitant pas travailler bénévolement, les autres ne pouvant s'offrir un défenseur. Quoi qu'il en soit, cette passivité est lourde de conséquences. Elle remet en cause l'existence même des droits de la défense au sein des procédures alternatives.

### 3) Remise en cause des droits de la défense

**56.** L'expérimentation des procédures alternatives a permis insidieusement la remise en cause des droits de la défense. Nous utilisons volontairement le terme de remise en cause parce qu'il exprime parfaitement l'idée de revenir sur un principe installé, sur un fait bien établi, en l'espèce, les droits de la défense.

Avec la voie classique, les infractions mineures – champ d'application des nouveaux traitements – faisaient l'objet soit d'un classement sans suite, ce qui signifiait la clôture

---

<sup>65</sup> « C'est sous la pression du Barreau que le tribunal de Lyon a posé le principe de la médiation non déléguée. Derrière des arguments formulés en termes de respect des libertés, de légitimité, de compétence, se profile sans aucun doute le souci des avocats de ne pas se trouver exclus de la structure nouvelle ». WYVEKENS, Anne. op. cit. p.73.

<sup>66</sup> Colloque du 1<sup>er</sup> mai 1999 à Marseille de Défense pénale organisé par le syndicat des avocats de France sur le thème : *Le parquet dans tous ses états*.

<sup>67</sup> Cf. infra n°57.

<sup>68</sup> Loi n° 98-1163 du 18 décembre 1998 relative à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits. Disponible sur : <http://www.legifrance.gouv.fr/texteconsolide/PJEDB.htm> [consulté le 08/07/2007]

<sup>69</sup> Décret n° 2001-512 du 14 juin 2001, Décret n° 2002-366 du 18 mars 2002 et Décret n° 2003-853 du 05 septembre 2003.

Disponible sur : <http://www.legifrance.gouv.fr/texteconsolide/PJHMB.htm> [consulté le 08/07/2007]

définitive de l'affaire, soit d'une poursuite, qui entraînait la saisine de la juridiction compétente et incidemment ouvrait des droits à la personne mise en cause.

Avec les alternatives aux poursuites, le mis en cause est seul pour affronter une accusation sous-traitée et une sanction moindre. En l'absence de textes explicites, l'assistance ou la représentation par un avocat n'est pas prévue et encore moins proposée<sup>70</sup>, sauf en cas de placement en garde à vue<sup>71</sup>. Le mis en cause n'a pas de conseil pour l'informer des enjeux de la procédure, des voies de recours éventuelles et autres délais. Les droits de la défense sont inexistantes et les principes du contradictoire et de l'égalité des armes sont réduits à néant. Le prévenu comme la victime n'ont d'autre choix que d'accepter ou de refuser la mesure alternative avec cette marge de liberté de ne rien y connaître et de ne pas pouvoir être conseillé. Avant, la personne était poursuivie mais défendue. À présent, elle encourt une sanction moindre, mais sans la possibilité de recourir à une défense "éclairée".

Finalement, on observe une double remise en cause des droits de la défense. Ces nouveaux circuits de traitement des affaires pénales entrent directement en concurrence avec le circuit traditionnel. Il en résulte qu'une partie des procédures, autrefois traitée selon la dichotomie classique de la poursuite ou du classement sans suite, fait aujourd'hui l'objet d'une procédure alternative aux poursuites.

Si l'on considère la première hypothèse, une poursuite autrefois menée par une accusation contre une défense devient avec les alternatives aux poursuites, une sanction consensuelle, où les droits de la défense n'ont plus lieu d'être. On sanctionne toujours les faits, mais sous l'égide d'un "juge extra-judiciaire", de façon plus rapide et moins coûteuse, tout en s'exonérant des garanties individuelles du procès. Le consensualisme de la peine prononcée permet-il de se dispenser de l'exercice des droits de la défense ?

Dans la seconde hypothèse, la décision de classement sans suite, donc l'abandon des poursuites, se transforme en une sanction, toujours privée de défense, avec la voie intermédiaire. Ce n'est pas tant le fait de sanctionner des infractions mineures qui auparavant restaient impunies qui est choquant, bien au contraire, c'est le fait de s'affranchir des règles les plus élémentaires du droit processuel, reconnues constitutionnellement et internationalement, qui soulève l'incompréhension. La faible atteinte à l'ordre public, le léger dommage de la victime comme la gravité mesurée de l'infraction ne sont ni des raisons valables ni des excuses fondées pour s'exonérer d'appliquer les droits de la défense au nom de la célérité et de l'efficacité des procédures.

**57.** Devant l'absence des droits de la défense et l'ignorance des principes du contradictoire et de l'égalité des armes, l'institutionnalisation des pratiques apparaissait nécessaire. Comme l'auteur, « *on peut certes considérer que tout ce qui n'est pas interdit par la loi étant permis, la médiation l'est sans qu'il soit nécessaire que le législateur intervienne. Toutefois s'agissant d'une mesure appliquée sur ordre du parquet, une inscription dans la loi paraît préférable* »<sup>72</sup>. Malheureusement, il nous faut convenir que l'intervention du législateur en la matière s'est davantage imposée pour unifier, clarifier, structurer et organiser les procédures prétoriques que pour appliquer les principes et garantir les droits.

---

<sup>70</sup> « La Chancellerie interdit aux médiés de se faire assister ou représenter ». **FAGET**, Jacques. loc. cit. p.145.

<sup>71</sup> Art. 63-4 du C. pr. pén. ; art. 4 de l'Ordonnance du 02 février 1945 sur les mineurs délinquants.

<sup>72</sup> **OTTENHOF**, Reynald. *Les techniques de conciliation en matière pénale*. APC 1984, n°7, p.128.

## §2 – Une reconnaissance légale difficile

**58.** Contrairement aux prévisions parlementaires, loin de se marginaliser, les procédures alternatives aux poursuites ne cessent de progresser et de se diversifier en dehors de toutes bases légales et sans prendre en considération la défense.

Après une phase d'aphasie générale, le processus d'encadrement juridique de ces procédures prétorienne se révèle particulièrement lent (A), et fragmenté (B). Or, l'apparition des droits de la défense est liée à cette reconnaissance légale.

### A – Une lente légitimation

**59.** Au début des années quatre-vingt-dix, lors des travaux parlementaires, les procédures alternatives aux poursuites n'ont pas fait l'objet d'une réflexion d'ensemble. Seule la médiation pénale a connu une reconnaissance tardive (1) et partielle (2).

#### 1) Une reconnaissance tardive

**60.** Un délai de dix ans sépare les premières expériences d'alternatives aux poursuites de la loi du 04 janvier 1993<sup>73</sup>, qui leur octroie – pour la médiation uniquement – une reconnaissance législative.

La raison d'un tel délai s'explique en partie par la nature prétorienne de ces procédures. Confrontés à une situation d'élaboration des normes inversées<sup>74</sup>, les praticiens et les auteurs ne cessent de rechercher un fondement juridique suffisamment général pour baser et justifier *a posteriori* ces pratiques extralégales, si ce n'est illégales. C'est ainsi qu'un décret du 20 mars 1978 sur la conciliation, une circulaire du 25 juillet 1983 sur la protection des victimes d'infractions et le renforcement de leurs droits<sup>75</sup>, ou encore l'article 40 du Code de procédure pénale, vont à la fois inspirer et servir de "fondement juridique écran" aux procédures prétorienne.

Sur le plan de l'analyse juridique, ces textes ne résistent pas à la critique, pas plus que leurs applications. Ils sont difficilement conciliables avec les principes généraux du droit pénal, tels que le principe de la légalité ou le principe de l'interprétation stricte de la loi pénale. Au surplus, ils ignorent totalement les droits de la défense. Malgré ces nombreuses et ostensibles atteintes, les magistrats, les auteurs et le législateur s'en contentent. Ce dernier a la conviction d'être confronté à une mode, un mouvement d'idée temporaire qui ne nécessite pas *a priori* son attention. Pour conforter cette idée, la pratique des alternatives aux poursuites reste encore

---

<sup>73</sup> Loi n° 93-2 du 04 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale. JO du 05 janvier 1993.  
Disponible sur : <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnTexteDeJorf?numjo=JUSX9200023L> [consulté le 08/07/2007]

<sup>74</sup> En règle générale, le législateur produit une loi, qui fait l'objet de décrets ou de circulaires d'application pour en faciliter l'application par les magistrats. En l'espèce, le processus d'élaboration de la norme est inversé.

<sup>75</sup> Décret n° 78-381 du 20 mars 1978 relatif aux conciliateurs de justice. JORF du 23 mars 1978.

Disponible sur : <http://www.legifrance.gouv.fr/texteconsolide/ADHFY.htm> [consulté le 08/07/2007]

Circ. du 25 juillet 1983 relative à la protection des victimes d'infractions et le renforcement de leurs droits, BOMJ n°11, p.103 et s.

marginale au sein des juridictions jusqu'à la fin des années 80<sup>76</sup>. En outre, l'absence de réaction partisane, corporatiste et doctrinale à ce phénomène renforce les certitudes du parlement. D'après Jacques Faget, « *personne ne conteste la pertinence de ces mesures qui assurent, dit-on, à la fois une meilleure protection des droits et de la dignité des victimes, un moyen de résorber le sentiment d'insécurité, une meilleure responsabilisation des délinquants que ne pouvait faire la justice pénale...* »<sup>77</sup>.

**61.** Au début des années quatre-vingt-dix, la multiplication des expériences commence à inquiéter les autorités, l'ensemble des professions judiciaires, au premier rang desquelles figurent les avocats, et une partie de la doctrine<sup>78</sup>. " *L'emprise néguentropique des logiques judiciaires*"<sup>79</sup> se met en marche. Une stratégie de contrôle judiciaire des expériences débute avec l'octroi de financements par la Direction des Affaires Criminelles et des Grâces au profit des associations de contrôle judiciaire et de victimes – qui entraîne insidieusement leur fédéralisme – afin d'encourager le développement des mesures. Elle se poursuit avec une note de la Chancellerie en 1990 qui recommande l'utilisation de modèles types de convention pour la médiation. De plus, les procédures intermédiaires étant considérées par le politique comme faisant partie intégrante de la politique judiciaire de la ville, sous l'égide de la politique de la prévention de la délinquance, de nombreuses circulaires<sup>80</sup> sont prises afin de les contrôler indirectement. Finalement, entre juin et octobre 1992, le Ministère de la Justice diffuse auprès des magistrats et intervenants sociaux, trois notes d'orientation<sup>81</sup> dont l'ambition est d'assurer l'homogénéisation de l'ensemble des procédures alternatives aux poursuites. L'exhaustivité des textes laisse à penser qu'il souhaite l'intervention du législateur. Cependant, aucune mesure alternative n'est prévue dans le projet de loi<sup>82</sup> initial à la loi du 04 janvier 1993.

**62.** L'expérimentation des procédures alternatives aux poursuites dans le système pénal français ne fait pas figure d'exception au sein de l'Europe. Nombreux sont les États qui expérimentent et consacrent déjà dans la loi, cette justice consensuelle. On peut souligner la faible influence de la nature du système pénal – accusatoire ou inquisitoire – dans l'implantation de ces procédures alternatives puisqu'elles se développent indifféremment dans les deux systèmes.

---

<sup>76</sup> « *Les enjeux instrumentaux de la médiation pénale sont quantitativement limités – 800 affaires traitées en 1990 pour l'ensemble des associations de contrôle judiciaire – ce qui évacue l'argument qui la présente comme un remède aux dysfonctions judiciaires et permet de contester son institutionnalisation* ». FAGET, Jacques. *La médiation pénale, une dialectique de l'ordre et du désordre*. Déviance et société, 1993, n°3 p.230. LUCIANI, Dominique. loc. cit. p.119.

<sup>77</sup> FAGET, Jacques. *La médiation. Essai de politique pénale*. Éd. Érès, 1997, p.51.

<sup>78</sup> STASI, Mario. *La médiation, le point de vue des avocats*. APC 1992, n° 14, Acte du colloque organisé par le CRPC sur la médiation, p.85 ; VERIN, Jacques. *La médiation pénale*. Ibidem, p.91 ; LAZERGES, Christine. *Typologie des procédures de médiation pénale*. in Mélanges Colomer, Litec, 1993, p.224-225. LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne. *La médiation pénale comme mode de réponse à la petite délinquance : état des lieux et perspectives*. Rev. sc. crim. 1994, p.529.

<sup>79</sup> FAGET, Jacques. *La médiation pénale, une dialectique de l'ordre et du désordre*. Déviance et société, 1993, n°3 p.227.

<sup>80</sup> Circ. du 10 juillet 1989 relative à la participation de l'institution judiciaire à la politique de prévention de la délinquance, BOMJ n°35, p.48 et s.

<sup>81</sup> Note de la Direction des Affaires Criminelles et des Grâces. Un mode d'exercice de l'action publique : les classements sous condition et la médiation en matière pénale ; La justice de proximité, les maisons de justice et du droit ; Une justice pénale plus efficace : de nouveaux modes de signalement et de traitement des procédures.

<sup>82</sup> Projet de loi portant réforme de la procédure pénale, n° 2585, 1992.

Dans les pays de *Common law*, comme au Royaume-Uni, il existe une très forte culture judiciaire de la négociation, notamment avec la procédure de plea bargaining. Il n'est donc pas surprenant de constater à la fois leur présence dans la loi<sup>83</sup> et leur application en pratique. En qualité d'organe de poursuite, la police anglaise exerce des "*police cautions*" (admonestation)<sup>84</sup> ou oriente les intéressés, essentiellement mineurs, vers des programmes de médiation mise en œuvre par les services de probation et d'associations d'aide aux victimes. En ce qui concerne les systèmes pénaux européens de droit continental comme l'Italie, la Belgique, l'Espagne ou encore l'Allemagne – disposant par nature de caractéristiques intrinsèques moins favorables à l'établissement d'une justice pénale consensuelle –, il nous faut pourtant constater un développement des procédures alternatives aux poursuites. Bien qu'une partie des auteurs considère que « *les législations consacrant la toute-puissance du principe de légalité des poursuites, l'Allemagne en est le parangon, entravent plus que d'autres le développement de pratiques alternatives* »<sup>85</sup>, il nous paraît utile de relativiser ces propos puisque le Code de procédure pénale allemand reconnaît le classement sous condition depuis une loi du 01 février 1877<sup>86</sup>. Dès cette époque, le Code prescrit que les poursuites peuvent être abandonnées après l'accomplissement d'une prestation déterminée en vue de réparer le dommage causé par le délit, d'une prestation d'intérêt public ou contre le versement d'une somme d'argent. Plus récemment, le classement sous condition a fait l'objet d'une loi en Belgique en 1984. Enfin, la médiation-réparation est pratiquée en Norvège (1987), en Autriche (1988), en Finlande (1989) en Allemagne (1990), et en Espagne (1992)<sup>87</sup>, essentiellement en matière de droit pénal des mineurs. La pratique de la médiation pour les majeurs demeure une particularité française.

**63.** Au plan supranational, les organisations internationales comme européennes non seulement reconnaissent l'existence de procédures alternatives, mais encouragent leur développement.

Au sein du Conseil de l'Europe, les ministres des États membres tentent d'harmoniser, d'organiser et de favoriser les procédures alternatives, notamment la médiation pénale pour les mineurs délinquants. À travers de nombreux textes<sup>88</sup>, et plus spécialement avec la

---

<sup>83</sup> Art. 10 of The Police and Criminal Evidence Act 1984. Code of Practice C.

Disponible sur : <http://police.homeoffice.gov.uk/operational-policing/powers-pace-codes/pace-code-intro/> [consulté le 08/07/2007]

<sup>84</sup> En 1987, 235 500 personnes ont été admonestées pour des infractions autres que des infractions routières, soit une progression de 58 % par rapport à 1977. 48 % d'entre elles étaient des mineurs et 14 % des jeunes adultes. in Rapport du Conseil de l'Europe. *Nouvelles stratégies sociales et système de justice pénale*. 14<sup>e</sup> Conférence de recherche criminologique, 1990, Vol. XXIX, 1994, p.46.

<sup>85</sup> **FAGET**, Jacques. *La médiation. Essai de politique pénale*. Éd. Érès, 1997, p.47.

<sup>86</sup> Cf. §§153-153a du Code de procédure pénale allemand (*Strafprozeßordnung*).

Disponible sur : <http://www.juriscope.org/publications/etudes/pdf-pours/OK-ALL.pdf> [consulté le 08/07/2007]

<sup>87</sup> Rapport du Conseil de l'Europe. op. cit. p.47.

<sup>88</sup> À titre d'exemple, la recommandation du Conseil de l'Europe en 1983 sur la participation du public à la politique criminelle, la Recommandation N° R (85) 11 sur la position de la victime dans le cadre du droit pénal et de la procédure pénale, N° R (87) 18 concernant la simplification de la justice pénale, N° R (87) 21 sur l'assistance aux victimes et à la prévention de la victimisation.

Disponible sur : [http://ec.europa.eu/civiljustice/comp\\_crime\\_victim/docs/council\\_eur\\_rec\\_85\\_11\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/civiljustice/comp_crime_victim/docs/council_eur_rec_85_11_fr.pdf) [consulté le 08/07/2007]

Disponible sur : <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?Command=com.instranet.CmdBlobGet&DocId=694298&SecMode=1&Admin=0&Usage=4&InstranetImage=44923> [consulté le 08/07/2007]

Disponible sur : <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?Command=com.instranet.CmdBlobGet&DocId=694358&SecMode=1&Admin=0&Usage=4&InstranetImage=44929> [consulté le 08/07/2007]

recommandation de 1987<sup>89</sup> sur les réactions sociales à la délinquance juvénile, ils prônent le recours aux procédures alternatives.

En parallèle, la résolution du 29 novembre 1985 adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU, connue sous le nom de "*règles de Beijing*"<sup>90</sup>, établit des règles minimums concernant la justice des mineurs. Elle incite les nations à avoir recours à des procédures intermédiaires.

D'un point de vue strictement normatif, ces textes sont juridiquement privés de force contraignante et ne peuvent faire l'objet d'une application directe en droit interne. En outre, le champ d'application est circonscrit aux mineurs. Néanmoins, ils ne sont pas dénués d'influence sur notre législation. L'accroissement de ces normes au sein de la communauté internationale possède une dimension politique et une portée symbolique importante.

La prise de conscience interne, associée aux nombreuses influences européennes et internationales, participent à la reconnaissance partielle des procédures alternatives aux poursuites.

## 2) Une reconnaissance a minima

**64.** Les procédures alternatives aux poursuites n'ont pas fait l'objet d'une reconnaissance législative dans leur ensemble. Seule la médiation pénale est venue s'inscrire dans la loi. Par ailleurs, cette institutionnalisation se limite au principe même de la mesure sans prendre en considération les conditions d'application ou les droits de la défense y afférents.

À l'automne 1992, le Garde des Sceaux présente devant le parlement un projet de loi d'importance, portant réforme de la procédure pénale dont l'esprit profite aux droits de la défense. Depuis la loi Constans de 1897, c'est la seconde grande loi en faveur de la défense. Elle prévoit notamment l'entrée de l'avocat en garde à vue et réserve le droit à celle-ci de demander des investigations supplémentaires au Juge d'instruction. Ce projet envisage une réforme substantielle de la procédure dans laquelle l'institutionnalisation des procédures alternatives peut constituer un pilier fondateur. L'ensemble des facteurs – comme l'influence des législations européennes et internationales, les récentes lois d'orientation, les critiques à l'égard des droits de la défense, et un besoin de reconnaissance – sont réunis pour légaliser une procédure prétorienne.

Malgré un contexte très favorable, le projet de loi<sup>91</sup> présenté au parlement ne contient aucune mention sur les procédures alternatives aux poursuites. C'est incidemment, au cours des débats parlementaires<sup>92</sup> que le gouvernement présente un amendement, suggéré par la commission des lois, tendant uniquement à la légalisation de la médiation pénale.

---

<sup>89</sup> Recommandation n° R (87) 19 du comité des ministres aux États membres sur l'organisation de la prévention de la criminalité et la recommandation ; R (87) 20 du comité des ministres aux États membres sur les réactions sociales à la délinquance juvénile (adoptée le 17 septembre 1987, lors de la 410e réunion des Délégués des Ministres) ; 4.6.6 de la Charte urbaine Européenne sur la prévention de la récidive et la création de solutions alternatives à l'incarcération constituent des objectifs essentiels, 1992.

Disponible sur : <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?Command=com.instranet.CmdBlobGet&DocId=694338&SecMode=1&Admin=0&Usage=4&IntranetImage=44925> [consulté le 08/07/2007]

Disponible sur : <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?Command=com.instranet.CmdBlobGet&DocId=694398&SecMode=1&Admin=0&Usage=4&IntranetImage=44927> [consulté le 08/07/2007]

<sup>90</sup> Résolution 40/33 du 29 novembre 1985 adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU.

Disponible sur : [http://www.unhcr.ch/french/html/menu3/b/h\\_comp48\\_fr.htm](http://www.unhcr.ch/french/html/menu3/b/h_comp48_fr.htm) [consulté le 08/07/2007]

<sup>91</sup> Projet de loi portant réforme de la procédure pénale, n° 2585. Loi n° 93-2 du 04 janvier 1993.

<sup>92</sup> Compte rendu intégral de l'Assemblée nationale, 2<sup>nd</sup> séance du 07 octobre 1992, pp.3448-3449.

Pour le Ministre de la Justice, « *les pratiques de la médiation – exclusivement – qui s’inscrivent dans le pouvoir d’opportunité du parquet et reposent sur le consentement des parties, sont légales mêmes si elles ne sont pas expressément prévues par la loi* ».

Le caractère général et exemplaire de la loi convainc les députés à l’adoption de l’amendement en première lecture, mais c’était sans compter sur la résistance du Sénat. Les sénateurs le suppriment au motif que l’article 40 du Code de procédure pénale constitue une base légale suffisante. Finalement, au terme des navettes parlementaires, la médiation pénale est reconnue. La loi du 24 août 1993, dont le principal objet est de circonscrire la portée de la loi du 04 janvier 1993, ne remet pas en cause cette difficile et partielle institutionnalisation.

**65.** Le législateur consacre dans son principe la médiation pénale à l’article 6 de loi du 04 janvier 1993. Toutefois, il ne précise aucun autre élément.

Au cours des débats parlementaires, le Garde des Sceaux avait expressément affirmé son opposition à la rédaction d’un décret d’application qu’il considérait comme néfaste vis-à-vis du développement de la mesure. Par conséquent, il est fait un renvoi explicite<sup>93</sup> aux notes d’orientation pour tout ce qui concerne les conditions, le champ d’application, le régime juridique, et le rituel... L’exhaustivité, la clarté et l’effort d’harmonisation de ces textes réglementaires importent peu, ils n’ont pas la portée d’une loi. La nature législative attribuée à la médiation pénale lui procure une protection de principe que la nature réglementaire de sa mise en œuvre ne connaît pas. Même s’il faut se satisfaire qu’il soit fait mention pour la première fois, dans une des notes d’orientation, de la possibilité pour les parties de faire appel à un avocat pour « *se faire utilement conseiller ou même assister, sans pouvoir toutefois se faire représenter* », cela ne compense pas la nature insuffisante du texte.

Par ailleurs, le législateur consacre également la médiation-réparation pour les mineurs<sup>94</sup>. C’est une mesure à la fois distincte de la médiation en raison de la spécificité du droit des mineurs et analogue dans ses fondements et ses objectifs. Cette consécration traduit également la volonté du législateur de se mettre en conformité avec les recommandations formulées par le Conseil de l’Europe et l’Organisation des Nations Unies.

Il faut donc convenir que la reconnaissance législative est minime dans son objet – seulement la médiation pénale – et dans sa nature – législative/réglementaire – avant de connaître un véritable essor.

## **B – Une légitimation fragmentée**

**66.** La naissance des droits de la défense au sein des procédures alternatives aux poursuites est liée à leur reconnaissance législative. Ignorés durant toute la période d’expérimentation, ils apparaissent après un accroissement continu des procédures alternatives (1), d’une part, et grâce à l’échec puis à la consécration d’une alternative sanction (2), d’autre part.

---

<sup>93</sup> JCP 1993, III, n° 65892, p.92 ; Circ. générale du 1<sup>er</sup> mars 1993.

<sup>94</sup> Art. 118 de la Loi n° 93-2 du 04 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale.



1) *Un essor continu*

**67.** À partir de 1993, les procédures alternatives aux poursuites connaissent un essor sans précédent. Les enjeux instrumentaux de l'ensemble des mesures alternatives ne sont plus limités quantitativement. Ils apportent une solution intermédiaire adaptée aux dysfonctionnements judiciaires, ce qui tend à favoriser leur institutionnalisation.

D'après les statistiques de la Direction des Affaires Criminelles et des Grâces, sur la base d'un indice 100 en 1992, les procédures alternatives aux poursuites atteignent l'indice 654 en 2000, soit une multiplication par 6 du nombre de mesures réalisées pour atteindre le chiffre de 250 000 procédures<sup>95</sup>. En ce qui concerne plus précisément la médiation pénale, elle a tout simplement doublé – 11 552 en 1992 contre 22 187 en 1993 – au moment de sa légalisation. Enfin pour véritablement mesurer toute l'importance stratégique conquise par ces alternatives, il est important de souligner qu'en 2005, elles représentent, plus du quart de la réponse pénale<sup>96</sup>.

Si le succès des mesures alternatives ne fait aucun doute<sup>97</sup>, cette perspective de réussite cache cependant des disparités territoriales et temporelles qui s'expliquent par la bienveillance ou l'hostilité de l'OPJ et/ou du magistrat du parquet à l'égard des procédures intermédiaires. Certains partisans n'hésitant pas à traiter des procédures par ces nouvelles voies, ils favorisent leur développement pendant que d'autres, leur préfèrent les circuits classiques. Ces éléments subjectifs expliquent en partie les fluctuations importantes sur les statistiques<sup>98</sup>.

Quoi qu'il en soit, il est difficile de trouver un autre exemple d'évolution aussi rapide dans le monde judiciaire<sup>99</sup>.

**68.** Sa marge de progression reste à la fois modeste et conséquente. Elle est restreinte dans le sens où elle est strictement limitée par un taux de non élucidation avoisinant les 63 % des affaires traitées et un taux de classement pour infractions non juridiquement constituées de 8 %<sup>100</sup>. En définitive, sur l'ensemble des affaires traitées en 2004, seulement 27.6 % des infractions sont "*poursuivables*". Cela signifie que sur dix infractions constatées, sept sont classées sans suite, ne pouvant faire l'objet d'une mesure alternative, faute d'auteur connu ou de charges suffisantes.

Sa marge de progression reste tout de même importante eu égard au nombre d'affaires "*poursuivables*", soit 1 462 429 en 2005 et un taux de classement sans suite qui représente un volant de 323 594 procédures de classement dénommées<sup>101</sup>.

<sup>95</sup> Statistiques de la Direction des Affaires Criminelles et des Grâces sur l'évolution de la réponse pénale de 1992 à 2002 ; Les chiffres-clés de la justice, Ministère de la Justice, octobre 2006, p.15.

Disponible sur : [http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/1\\_chiffrescles06.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_chiffrescles06.pdf) [consulté le 08/07/2007]

<sup>96</sup> On dénombre 421 169 procédures alternatives aux poursuites en 2005. Elles représentent 28.8 % de la réponse pénale. in Les chiffres-clés de la justice, Ministère de la Justice, octobre 2006, p.14.

Disponible sur : [http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/1\\_chiffrescles06.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_chiffrescles06.pdf) [consulté le 08/07/2007]

<sup>97</sup> LUCIANI, Dominique. *Les alternatives aux poursuites pénales*. in *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice*. (dir.) CHEVALIER, Pierre., DESDEVISES, Yvon., MILBURN, Philip. Rapport dans le cadre Mission de recherche « Droit et Justice », La Documentation française, 2003, p.120.

<sup>98</sup> DORVAUX, Geneviève., LEVEEL, Carole., BENMAAD, Samah. *La médiation pénale, bilan d'application et perspectives d'évolution*. in *Les modes alternatifs de résolution des conflits : approche générale et spéciale*. (dir.) RACINE, Jean-Baptiste. Rapport dans le cadre Mission de recherche « Droit et Justice », 2001 p.192.

<sup>99</sup> « À titre d'exemple, ni le contrôle judiciaire socio-éducatif ni le travail d'intérêt général qui sont pourtant antérieurs aux alternatives ne montrent une telle progression ». LUCIANI, Dominique. loc. cit. p.120.

<sup>100</sup> Annuaire statistique de la justice. La Documentation française, Éd. 2006, p.107.

<sup>101</sup> in Les chiffres-clés de la justice, Ministère de la Justice, octobre 2006, p.14.

En plus des considérations pragmatiques de gestion des flux, la capacité d'absorption des procédures alternatives aux poursuites vis-à-vis des contentieux de masse, associée à ses grandes facultés d'adaptation, encouragent le législateur à diversifier et institutionnaliser de nouvelles mesures.

## 2) De l'échec à la composition pénale

**69.** Aspirée par le courant alternatif innovant de ces dernières années, la proposition d'instaurer une transaction pénale sous le contrôle exclusif du ministère public cristallise toutes les craintes et les critiques.

Fort de la réussite en cours des procédures alternatives aux poursuites<sup>102</sup> et soucieux de développer davantage ce type de réponses intermédiaires, le Ministère de la Justice propose en 1994 de donner « *une nouvelle assise à la transaction en matière pénale* ».

La transaction constitue une exception au principe général de l'indisponibilité de l'action publique. En effet, seule la société est propriétaire de cette action et le ministère public n'en dirige que l'exercice. Toutefois, dans des domaines particuliers et lorsque la loi le prescrit expressément<sup>103</sup>, il peut en disposer<sup>104</sup>. Aussi, le projet de loi de transaction pénale – qui va se transformer en injonction pénale au cours des débats parlementaires – confie au ministère public le pouvoir d'enjoindre au délinquant d'exécuter certaines obligations « *s'il lui apparaît que cette procédure est susceptible de mettre fin au trouble résultant de l'infraction, de prévoir le renouvellement de celle-ci et d'assurer, s'il y a lieu, la réparation du dommage causé à la victime* »<sup>105</sup>. Son champ d'application est restreint aux délits dont le maximum de la peine encourue ne dépasse pas trois ans comme les appels téléphoniques malveillants, l'abandon de famille, la non-représentation d'enfant, le vol simple, la filouterie, le détournement de gage ou d'objet saisi, les dégradations de biens les moins graves, etc.

En outre, il prévoit l'intervention et l'assistance d'un avocat. Il exige l'accord de toutes les parties et octroie un temps utile à la réflexion d'un mois avant toute décision. Pour Jean Pradel, l'injonction pénale traduit « *le souci d'une meilleure individualisation dans l'exercice du droit de poursuite par le parquet et constitue une évidente déjudiciarisation* »<sup>106</sup>.

**70.** En créant la transaction pénale, les auteurs du projet de loi du 1<sup>er</sup> juin 1994 entendent « *alléger les procédures, donner plus de souplesse à l'institution (judiciaire), accroître les capacités de jugement et plus particulièrement favoriser des réponses diversifiées, mieux adaptées au traitement de la délinquance* »<sup>107</sup>.

---

<sup>102</sup> Entre 1992 et 1994, les procédures alternatives aux poursuites progressent de 55 % en passant respectivement de 38 189 à 68 879. Statistiques de la Direction des Affaires Criminelles et des Grâces sur l'évolution de la réponse pénale de 1992 à 2002.

<sup>103</sup> Cf. art. 6 C. pr. pén.

<sup>104</sup> Sont ainsi autorisées les transactions en matière d'impôts (art. L. 248 à L. 251, R. 247-2 et R. 247-3 LPF) de douane (art. 350 C. douane), de pêche (art. L.238-1 C. rural), des eaux et forêts (art. L. 153-2 C. forestier) du transport aérien (art. L. 330-9 C. aviation civile) ; LAGARDE, Xavier. *Transaction et ordre public*. D. 2000, chron. p.217 ; V. Rapport d'information du Sénat n°486 par P. Fauchon, (1997-98) sur alternatives aux poursuites, renfort à l'efficacité de la procédure pénale et délégation aux greffiers.

Disponible sur : [http://senat.fr/rap/197-486/197-486\\_mono.html](http://senat.fr/rap/197-486/197-486_mono.html) [consulté le 08/07/2007]

<sup>105</sup> Art. 48-1, al. 2 du projet de loi.

<sup>106</sup> PRADEL, Jean. *D'une loi avortée à un projet nouveau sur l'injonction pénale*. D. 1995, chron. p.71.

<sup>107</sup> Projet de loi relatif à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, n° 1335, Assemblée nationale, 1er juin 1994, p.8.

Mais préparé dans la précipitation, mal présenté, et insuffisamment expliqué, il a immédiatement soulevé une forte contestation<sup>108</sup>. L'opposition à la transaction qui s'est fait jour devant les deux assemblées reflète les critiques du monde judiciaire et la méfiance de l'opinion publique à l'égard de la mesure<sup>109</sup>. Certains avancent des arguments d'ordre constitutionnel, d'autres des critiques tirées de l'esprit de notre système répressif<sup>110</sup>. Finalement, dans une décision du 02 février 1995<sup>111</sup>, le Conseil constitutionnel déclare l'injonction pénale inconstitutionnelle au visa de nombreux principes dont le plus déterminant reste la séparation des fonctions<sup>112</sup>. En effet, il considère que le prononcé et l'exécution de certaines mesures sont des atteintes à la liberté individuelle. L'accord de la personne est indifférent. Elles « *ne peuvent, s'agissant de la répression de délits de droit commun, intervenir à la seule diligence d'une autorité chargée de l'action publique, mais requièrent la décision d'une autorité de jugement conformément aux exigences constitutionnelles ci-dessus rappelées* ».

**71.** *A posteriori*, l'échec de l'injonction pénale se révèle relatif et surtout salutaire. Son invalidation par le Conseil constitutionnel est profitable parce qu'elle permet de rappeler à l'ensemble des acteurs que la recherche d'efficacité dans les procédures ne peut et ne doit pas dispenser du respect de certains grands principes processuels, tels que la séparation des autorités, la présomption d'innocence et les droits de la défense. Cette décision a le mérite d'agir comme un " rappel de vaccin " de principes fondamentaux. L'échec est également relatif parce que ce n'est pas la nature même de l'injonction pénale qui a été sanctionnée, mais seulement sa mise en œuvre. L'institutionnalisation de la composition pénale en est la preuve formelle. Loin de constituer un coup d'arrêt, la décision du Conseil constitutionnel alimente un nouveau projet de loi qui prend en compte ses exigences processuelles.

**72.** Après l'échec de l'injonction pénale, les procédures alternatives aux poursuites sont reconnues dans leur ensemble<sup>113</sup> par le législateur et notre droit positif compte désormais une nouvelle procédure à tonalité répressive : la composition pénale.

Disponible sur : <http://www.senat.fr/dossierleg/a93941335.html> [consulté le 08/07/2007]

<sup>108</sup> Compte rendu intégral de l'Assemblée nationale, 2<sup>nd</sup> séance du 04 juillet 1994, p.4032 ; 3<sup>e</sup> séance du 04 juillet 1994, pp.4041-4053 ; 1<sup>ère</sup> séance du 05 juillet 1994, p.4073-4087 ; 2<sup>nd</sup> séance du 21 novembre 1994, pp.7271-7273 ; Compte rendu intégral du Sénat, séance du 18 octobre 1994, pp.4409-4426 ; séance du 20 octobre 1994, pp.4555-4558.

<sup>109</sup> **TERRE**, François. *L'action publique disponible ?* La vie judiciaire, 17-23 octobre 1994, p.2 ; **BOURDEAU**, Bruno. *L'injonction pénale avortée : scilicet sur une question de confiance*. D. 1995, Commentaire législatif p.45.

<sup>110</sup> **LEBLOIS- HAPPE**, Jocelyne. *De la transaction pénale à la composition pénale, Loi n° 99-515 du 23 juin 1999*. JCP 2000, I, 198, pp.64-65.

<sup>111</sup> Cons. const. 02 février 1995, n°95-360 DC. Rec. p.195 ; RJC, I, p.632 ; D. 1995, p.201, chron. J. Volff ; Gaz. Pal. du 10 juin 1998, Doct. p.2, obs. M-H. Renaut.

Disponible sur : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/doctrine/95360dc.htm> [consulté le 08/07/2007]

<sup>112</sup> **VOLFF**, Jean. *L'injonction pénale et le Conseil constitutionnel*. D. 1995, chron. p.201.

<sup>113</sup> Loi n° 99-515 du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale. Elle ne se contente pas de présenter une nouvelle version de l'injonction pénale, elle reconnaît l'ensemble des procédures alternatives aux poursuites dès l'article 1<sup>er</sup> de la loi. Le Sénat a bien tenté de supprimer une fois de plus cette reconnaissance aux motifs, d'une part, que le rappel dans la loi des possibilités offertes aux magistrats du parquet n'apparaît ni nécessaire ni relever du domaine législatif, et d'autre part, que cette liste constitue une limite aux initiatives et à la créativité des juges. Dans le même sens, au cours des travaux parlementaires, le rapporteur P. Fauchon déclare qu'« *il faut s'efforcer au contraire de ne pas enserrer dans des règles trop précises l'action des responsables de l'action publique* ». Compte rendu intégral du Sénat, séance du 17 juin 1998, p.8.

Au printemps 1998, le Ministère de la Justice propose un projet de loi de transaction corrigée et renommée composition pénale<sup>114</sup>. Malgré certaines craintes d'élus au cours des travaux parlementaires, sur le devenir du principe du contradictoire et la quasi-omission des droits de la défense, du projet de loi<sup>115</sup>, la loi du 23 juin 1999<sup>116</sup> institue la composition pénale et consacre incidemment dans le Code de procédure pénale à l'article 41-1, l'ensemble des procédures alternatives aux poursuites.

Elle partage avec les autres procédures alternatives la même fin qui tend à diversifier les formes de réponses à la délinquance constitutive d'un contentieux de masse encombrant les audiences correctionnelles et de police. Cependant, elle s'en différencie avec la particularité d'être une alternative punitive « *mettant en œuvre la coercition* »<sup>117</sup>. Le rôle accru du parquet sur le choix et le quantum de la mesure<sup>118</sup>, et à l'inverse, l'office inhabituel de validation du juge du siège<sup>119</sup> marquent une rupture culturelle et juridique avec nos principes de procédure pénale. Instituée pour répondre à un besoin de célérité des procédures judiciaires, la doctrine dénonce la nature "*transjuridique*"<sup>120</sup> de la composition pénale, mais elle dénonce surtout l'idée d'une procédure peu opérationnelle.

Elle la considère « *trop lourde, trop lente et trop complexe* » pour les praticiens du droit. Ces critiques<sup>121</sup> proviennent en partie de sa nature *sui generis* qui mêle des sanctions administratives (amende et remise du permis de conduire) et des sanctions pénales (confiscation et travail non rémunéré). Pourtant, il suffit de limiter la transaction au versement d'une indemnité au trésor public, « *pour que le parquet puisse à lui tout seul et en toute constitutionnalité, la mettre en œuvre* »<sup>122</sup>.

---

Disponible sur : [http://www.senat.fr/seances/s199806/s19980617/s19980617\\_mono.html#chap8](http://www.senat.fr/seances/s199806/s19980617/s19980617_mono.html#chap8) [consulté le 08/07/2007]

<sup>114</sup> Il prévoit toujours la possibilité pour le ministère public de proposer à une personne majeure ayant reconnu avoir commis un ou plusieurs délits – strictement recensés à l'article 41-2 – de réaliser certaines obligations. Toutefois, avant toute réalisation, elle est soumise à l'homologation d'un juge du siège, gardien des libertés individuelles selon les exigences constitutionnelles. En contrepartie, son exécution entraîne automatiquement l'extinction de l'action publique.

<sup>115</sup> Sénat, séance du 17 juin 1998, p.3, séance du 11 mai 1999, p.29 ; Assemblée nationale, 3<sup>e</sup> séance du 6 avril 1999.

Disponible sur : <http://www.senat.fr/dossierleg/pj197-434.html> [consulté le 08/07/2007]

<sup>116</sup> Loi n° 99-515 du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale.

Disponible sur : <http://www.assemblee-nationale.fr/11/dossiers/justice.asp#procedure> [consulté le 08/07/2007]

<sup>117</sup> GUINCHARD, Serge., BUISSON, Jacques. *Procédure pénale*. 2<sup>e</sup> Éd. Litec, 2002, n°912.

<sup>118</sup> Certains considèrent qu'il s'agit de mesure de sûreté. PRADEL, Jean. *Une consécration du « plea bargaining » à la française, la composition pénale instituée par la Loi n° 99-515 du 23 juin 1999*. D. 1999, chron. p.379. Pour les autres, c'est des sanctions punitives proches des peines. GUINCHARD, Serge., BUISSON, Jacques. op. cit. n°912 ; LEBLOIS- HAPPE, Jocelyne. *De la transaction pénale à la composition pénale, Loi n° 99-515 du 23 juin 1999*. JCP 2000, I, 198, p.64.

<sup>119</sup> Le juge du siège se retrouve dans une situation inhabituelle de juridiction d'enregistrement ou sa seule liberté consiste à homologuer ou non la proposition.

<sup>120</sup> « *Ni procédure judiciaire simplifiée reposant sur l'adhésion de l'auteur des faits délictueux, ni transaction, ni sentence juridictionnelle négociée, ni alternatives aux poursuites, la composition pénale apparaît bien comme une mesure hybride, véritable chauve-souris juridique* ». VOLFF, Jean. *La composition pénale : un essai manqué !* Gaz. Pal. du 26-28 mars 2000, p.560. MM. MERLE et VITU proposent de l'analyser comme un « *moyen administratif trilatéral d'extinction des poursuites* ».

<sup>121</sup> VOLFF, Jean. *La composition pénale : un essai manqué !* Gaz. Pal. du 26-28 mars 2000, p.561. LEBLOIS- HAPPE, Jocelyne. op. cit. p.68.

<sup>122</sup> LEBLOIS- HAPPE, Jocelyne. op. cit. p.68.

Malgré une réception sceptique du texte par la doctrine, les praticiens, les différents syndicats<sup>123</sup> et certains parquets décident de sa mise en place sans attendre le décret d'application du 29 janvier 2001<sup>124</sup>. Principalement guidée par des besoins propres à chaque juridiction, la composition pénale fait état d'une grande diversité<sup>125</sup> dans les modalités de son application. La lourdeur diagnostiquée au départ, a très vite laissé la place à un outil performant<sup>126</sup> et flexible qui a gagné la satisfaction de tous<sup>127</sup>.

À l'image des procédures alternatives réparation, la présence de l'avocat<sup>128</sup> est expressément prévue tant auprès de l'auteur que de la victime. Mais comprimé par l'exiguïté de son intervention, désorienté par l'absence de débat contradictoire sur la culpabilité, et démobilisé comme l'ensemble de la profession à l'égard de ces nouvelles procédures en général, le rôle, la place ou la mission de l'avocat n'ont pas fait l'objet de discussions collectives à l'instar des accords entre le parquet et les juges du siège. La défense semble se complaire dans son statut d'impensé préjudiciaire.

**73.** Après 15 années de réformes et d'expérimentations, les procédures alternatives aux poursuites constituent désormais une véritable "*troisième voie pénale*" significative tant quantitativement que qualitativement. Mais quel est l'espace d'expression laissé à la défense, quel rôle joue-t-elle, quelles fonctions lui a-t-on attribué ? Pour apprécier la force des droits de la défense dans les procédures alternatives aux poursuites, nous proposons de les examiner sous l'angle des principes du contradictoire et de l'égalité des armes.

## Section 2 – Appréciation des droits de la défense

**74.** Notre droit positif exige la réunion de trois conditions de base avant toute poursuite : la commission d'une infraction – en l'espèce un délit de petite ou moyenne gravité –, les preuves des éléments constitutifs de l'infraction et l'identification de son auteur<sup>129</sup>.

---

<sup>123</sup> GRUNVALD, Sylvie., DANET, Jean. *Une première évaluation de la composition pénale*. Rapport du GIP dans le cadre Mission de recherche « Droit et Justice », janvier 2004, pp.18-20. Et en particulier, les critiques virulentes du Syndicat de la magistrature.

<sup>124</sup> Décret n°2001-71 du 29 janvier 2001 relatif aux délégués et aux médiateurs du procureur de la République et à la composition pénale, JO du 30 janvier 2001, p.1595.

<sup>125</sup> Ibid. idem. p.52-84 ; Selon une note interne de la Chancellerie, au 31 décembre 2001, seulement 60 tribunaux avaient mis en place la mesure, soit 33 % des juridictions nationales. Pour illustrer la disparité, les juridictions de Cambrai, la Roche sur Yon et Bobigny représentaient à elles seules plus de la moitié des compositions.

<sup>126</sup> Après des débuts difficiles – seulement 1511 compositions en 2001 et 6755 en 2002, ce qui représente moins de 2 % de l'ensemble des procédures alternatives aux poursuites – elle prend définitivement une place parmi les alternatives. En 2005, on compte 40 034 compositions pénales, soit près de 10 % des mesures alternatives. in Les chiffres-clés de la justice, Ministère de la Justice, octobre 2006, p.14.

<sup>127</sup> La composition pénale constitue un succès, notamment parce qu'elle a été massivement acceptée par les justiciables (taux de refus inférieur à 10 %), validé par les juges du siège (en raison des accords passés entre le parquet et les juges du siège en amont de sa mise en œuvre) et également exécuté par le justiciable (plus de 90 % d'exécution). GRUNVALD, Sylvie. DANET, Jean. *Brèves remarques tirées d'une première évaluation de la composition pénale*. AJ pénal 2004, n°5, p.196.

<sup>128</sup> Art. 41-2 et R. 15-33-40 du C. pr. pén.

<sup>129</sup> Art. 40-1 C. pr. pén. ; Circ. du 16 mars 2004 sur la mise en œuvre des procédures alternatives aux poursuites, BOMJ n°93, § 1 ; LUCIANI, Dominique. *Les alternatives aux poursuites pénales*. in *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice*. (dir.) CHEVALIER, Pierre., DESDEVISES, Yvon., MILBURN, Philip. Rapport dans le cadre Mission de recherche « Droit et Justice », La Documentation française, 2003, pp.121-122.

Disponible sur : <http://www.textes.justice.gouv.fr/index.php?rubrique=10085> [consulté le 08/07/2007]

L'action de la justice ne peut être confondue avec ce qui pourrait ressembler à une sorte de « *contrôle social* »<sup>130</sup>. Une fois caractérisée dans tous ses éléments – matériel, intentionnel et légal – l'infraction est susceptible de poursuites judiciaires. Cependant, la politique pénale préconise l'application de procédures alternatives à l'égard des *primo* délinquants qui admettent la commission de faits délictueux. La reconnaissance de l'infraction est une condition préalable substantielle dans l'orientation du dossier pénal vers une mesure alternative. Toutefois, si l'ensemble des procédures alternatives est censé connaître une déclaration " *d'aveu* ", l'inverse ne se vérifie pas. La reconnaissance des faits n'entraîne pas systématiquement l'ouverture d'une médiation ou d'une composition pénale. L'orientation d'une procédure demeure une prérogative exclusive et discrétionnaire du ministère public. Il est seul juge. La défense comme la partie civile ne peuvent ni intervenir, ni influencer son choix.

**75.** L'appréciation des droits de la défense se complique sensiblement lors de la mise en œuvre des procédures alternatives. La diversité et la flexibilité inhérentes à l'histoire et à la nature même des procédures intermédiaires transparaissent également dans leurs ordonnancements juridiques, notamment en ce qui concerne le choix des acteurs (OPJ, magistrat du parquet, délégué ou médiateur), le choix des lieux (commissariat-gendarmerie, Palais de justice, MJD), du temps (STD, courrier), de la proposition et de la convocation (écrite, orale, informée, conseillée, assistée par un avocat).

Nonobstant la variété de mesures, la proposition effectuée par le magistrat du parquet, par l'intermédiaire de l'OPJ, dans le cadre d'une simple audition en gendarmerie, ne connaît pas les mêmes enjeux que celle effectuée par un délégué du procureur au sein du Palais de justice, dans un temps post-enquête. Face à cette grande souplesse processuelle, les droits de la défense varient considérablement selon le moment, le lieu, l'interlocuteur et le type d'alternatives.

**76.** Aussi, il convient de distinguer deux temps forts dans l'évolution des droits de la défense à travers les principes du contradictoire et de l'égalité des armes au sein des procédures alternatives aux poursuites. Le premier se situe dans la phase policière, lorsque le mis en cause est entendu par les services de police juste avant que le procureur de la République ne prenne sa décision sur l'orientation du dossier (§1). Afin d'éviter l'écueil de la répétition, nous passerons rapidement sur la phase strictement policière<sup>131</sup> pour nous intéresser qu'aux seuls événements liés aux mesures alternatives lors de cette phase stratégique.

Dans un second temps, nous nous intéresserons au rituel de chaque mesure alternative sous l'angle de ces principes. Leur mise en œuvre rappelle implicitement l'esprit de la Convention européenne dans laquelle les droits de la défense se densifient en fonction du degré d'atteinte aux libertés individuelles. De la moins stigmatisante (admonestation, rappel à la loi) à la plus contraignante (composition pénale), la nature et l'intensité des droits de la défense varient en fonction de la procédure (§2).

---

<sup>130</sup> LAZERGES, Christine. *Typologie des procédures de médiation pénale*. in Mélanges Colomer, Éd. Litec, 1993, p.217.

<sup>131</sup> Cf. infra Titre 2 Chapitre 1.

## §1 – En amont de l’orientation

77. Tout au long de notre démonstration, nous allons nous efforcer d’appréhender les droits de la défense selon une grille de lecture unique, à savoir, sous l’angle spécifique des principes du contradictoire et de l’égalité des armes.

Les principes s’apprécient en fonction des droits octroyés à la personne mise en cause et selon les moyens mis en œuvre pour les réaliser. Cette grille de lecture s’inspire explicitement de la notion de procès équitable issue de la Convention européenne des droits de l’homme qui préconise « *des droits non pas théoriques et illusoire mais concrets et effectifs* »<sup>132</sup>.

Aussi l’évaluation globale des principes à l’aide de critères *in abstracto* (les droits) et *in concreto* (les moyens) permet d’apprécier l’intensité des droits de la défense. Par conséquent, il convient d’apprécier successivement les droits de la défense sous l’angle des principes du contradictoire (A) et de l’égalité des armes (B).

### A – Sous l’angle du principe du contradictoire

78. Dans l’hypothèse d’une audition libre comme dans celle d’une garde à vue, ce principe ne connaît pas réellement de mise en œuvre, et la seule présence de l’avocat ne permet pas de qualifier cette phase de contradictoire (1). Lors de la proposition de la mesure alternative, les droits de la défense sont garantis par l’application du contradictoire. Toutefois, les impératifs de célérité de la justice ont conduit au développement d’un circuit simplifié qui sous-traite la phase de proposition aux enquêteurs. Au plan du contradictoire, on assiste à une dérive qui se traduit dans les faits par une proposition d’alternative non consentie (2).

#### 1) Une phase policière non contradictoire

79. Dans le cadre d’une audition libre ou en qualité de témoin, la personne interrogée n’est ni informée de l’accusation, ni des poursuites envisagées, ni du contenu du dossier, ni des droits qui lui sont octroyés. Malgré une reconnaissance législative générale<sup>133</sup> à la portée symbolique substantielle et juridique sous-estimée, la phase policière demeure non contradictoire.

Pour le mis en cause, la procédure débute par une invitation orale – et coercitive si nécessaire<sup>134</sup> – à suivre l’OPJ pour une audition ou par une convocation écrite ordonnant de se présenter. Dans cette hypothèse, la personne est libre d’effectuer auparavant toutes les démarches utiles et nécessaires pour s’informer sur sa situation juridique à venir. Il a le droit

---

<sup>132</sup> CEDH du 17 janvier 1970, Aff. *Delcourt* c/France, Série A, n°11, § 25 ; CEDH du 09 octobre 1979, Aff. *Airey* c/Irlande, Série A, n°32, § 24 ; CEDH du 13 mai 1980, Aff. *Artico* c/Italie, Série A, n°37, § 33 ; CEDH du 19 avril 1994, Aff. *Van de Hurk* c/Pays-Bas, Série A, n°288, § 59 ; CEDH du 28 septembre 2005, Aff. *Virgil Ionescu* c/Roumanie, req. n°53037/99, § 44.

Disponible sur : <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr> [consulté le 08/07/2007]

<sup>133</sup> « *La procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l’équilibre des droits des parties* ». Article préliminaire du C. pr. pén.

<sup>134</sup> Selon le type d’enquête, il s’agit des articles 62, 78 et 153 du C. pr. pén.

de consulter un avocat, de s'informer sur ses droits<sup>135</sup> et de prendre conseil afin de déterminer la conduite à tenir.

Cependant, dans la réalité judiciaire, même si le mode de comparution laisse aux justiciables l'opportunité de s'informer sur leurs droits, biens rares sont ceux qui demandent à les exercer. Aussi, dès leur entrée dans le système alternatif (phase policière), la quasi-totalité des justiciables ne sont pas informés de leurs droits.

**80.** Dans le cadre d'une garde à vue, l'intervention de l'avocat constitue un apport relatif au principe du contradictoire.

Il s'applique au conseil une sorte de parallélisme des droits du gardé à vue. Il n'a pas plus de droits que son client. Il n'a ni le droit, ni le pouvoir, ni la possibilité de consulter le dossier pénal. Il a seulement connaissance de l'intitulé général des infractions imputées à son client. Sur le fond du dossier, il ne peut s'appuyer que sur le récit subjectif du gardé à vue à propos des circonstances de l'affaire, de sa participation ou non aux faits qui lui sont reprochés et éventuellement sur les éléments de preuve apportés par les OPJ lors de l'interrogatoire. L'avocat intervient dans la procédure sur ces dires, sans possibilité de vérification objective ou de contradiction formelle avec l'accusation. Ainsi, l'avocat est censé apporter une clairvoyance pragmatique, sur la base d'informations partiales, indirectes et invérifiables. Par conséquent, l'absence flagrante de contradictoire en ce qui concerne l'échange d'informations porte nécessairement atteinte aux droits de la défense.

**81.** Le principe du contradictoire connaît une évolution plus favorable quant à l'information des droits et des procédures à venir. L'entretien entre l'avocat et son client permet tout d'abord de s'assurer de la notification effective des droits du gardé à vue. Cette intervention constitue un garde-fou substantiel au principe du contradictoire. Elle garantit les droits de la défense par le risque d'une annulation de la procédure si les droits ne sont pas notifiés. Elle permet d'informer la personne des droits dont elle n'a pas eu forcément connaissance.

L'apport substantiel de l'avocat au principe du contradictoire consiste à renseigner la personne sur son devenir judiciaire. En fonction des informations à sa disposition, l'avocat informe son client sur les procédures qui lui sont ouvertes. L'expérience et le professionnalisme de l'auxiliaire de justice se révèlent déterminants à cet instant décisif de la procédure.

Soit, il lui conseille de se taire parce qu'il estime que le dossier de l'accusation est insuffisant. Il envisage un classement sans suite avec un risque de renvoi devant une juridiction.

Soit, il l'encourage à reconnaître les faits afin de bénéficier éventuellement d'une procédure alternative. Dans cette hypothèse, l'avocat informe la personne que ce choix peut parfaitement se retourner contre elle, et déterminer un renvoi devant le Tribunal correctionnel. En l'espèce, son intervention renforce le principe du contradictoire parce qu'il fait prendre conscience à l'intéressé des enjeux judiciaires de son dossier. En outre, son expérience, sa connaissance du dossier, du droit, de la politique et de la pratique du parquet éclairent le justiciable sur les choix à opérer.

Toutefois, il faut relativiser cet apport dans la pratique. L'organisation de la défense pénale d'urgence repose essentiellement sur une majorité d'avocats stagiaires et quelques

---

<sup>135</sup> Cette démarche n'est pas inutile pour comprendre la différence entre comparution (le fait de se présenter à la convocation de l'OPJ) et déposition (le fait de répondre à ses questions) ou connaître des droits fondamentaux élémentaires tels que le droit de se taire ou de ne pas témoigner contre soi-même. Cf. infra n°223 et s. sur la rétention pour audition.



volontaires<sup>136</sup> dont la formation universitaire et professionnelle – au sein des CRFPA – est insuffisante en général<sup>137</sup> et quasi inexistante en particulier dans les matières spécialisées comme le droit des mineurs et les procédures alternatives aux poursuites<sup>138</sup>. Ensuite, la présence de l’avocat lors de la garde à vue n’est pas systématique. Elle s’effectue à la demande expresse de l’intéressé, et en fonction des diligences de l’OPJ et des dispositions de l’avocat. Si bien qu’en pratique, il nous faut compter sur la présence effective de l’avocat dans une garde à vue sur deux<sup>139</sup>. Enfin, si les choix de comportement du gardé à vue à l’égard des faits (aveu — silence) influencent en partie la décision du ministère public, le magistrat prend seul la décision sur l’orientation du dossier.

**82.** Durant la phase policière, le principe du contradictoire ne connaît pas réellement de mise en œuvre et comme il vient d’être démontré, la seule présence de l’avocat n’est pas synonyme de contradictoire. À aucun moment, en amont de l’orientation, l’ensemble des protagonistes – parquet, OPJ, prévenu, partie civile et avocats respectifs – échangent, confrontent leurs arguments au cours d’une unité de temps et d’espace commune. À l’issue de l’audition du mis en cause ou du gardé à vue, intervient le moment de la proposition d’une procédure alternative aux poursuites.

## 2) Une proposition d’alternative non consentie

**83.** La proposition d’une mesure alternative à l’issue de la phase d’enquête concentre des enjeux inédits. Le choix du circuit procédural à travers la politique pénale locale attribue un nouveau rôle à l’OPJ et incidemment modifie les conditions d’application de l’alternative.

Malgré une grande diversité des circuits procéduraux, les phases d’enquête, de poursuite, de proposition et d’exécution de l’alternative étaient jusqu’à présent parfaitement identifiées et distinctes sur le plan des acteurs, du lieu, du temps et du régime juridique y afférent.

En général, à la fin des investigations, l’OPJ rend compte de l’affaire au magistrat de permanence au STD qui décide de son orientation<sup>140</sup>. Ensuite, dans un délai qui s’échelonne entre une et plusieurs semaines, un délégué du procureur propose, informe, explique dans un

---

<sup>136</sup> Communication de la Commission Accès au droit et à la justice du Conseil national des Barreaux, 2006 ; Enquête du SAF, mai 2000.

Disponible sur : [http://www.cnb.avocat.fr/PDF/2006-10-25\\_AJ.pdf](http://www.cnb.avocat.fr/PDF/2006-10-25_AJ.pdf) [consulté le 08/07/2007]

<sup>137</sup> DANET, Jean. op. cit. pp.136-142.

<sup>138</sup> BERG, Rémi. *L’avocat et le médiateur*. PA du 28 juillet 1999, n°149, pp.18-19.

<sup>139</sup> Sur les 472 064 mesures de garde à vue prises par les services d’enquête en 2004, 179 576 personnes gardées à vue ont bénéficié d’un avocat au titre de l’aide juridictionnelle, soit 38 % de la cohorte, auxquels on se doit d’ajouter les interventions de conseillers librement choisis. V. Criminalité et délinquance constatées en France en 2005, Tome 2, p.9 ; V. Les chiffres clés du CNB en 2005.

Disponible sur : [http://www.cnb.avocat.fr/lettre\\_conseil/LDC-03-2006/chiffres-cles\\_AJ.pdf](http://www.cnb.avocat.fr/lettre_conseil/LDC-03-2006/chiffres-cles_AJ.pdf) [consulté le 08/07/2007]

Disponible sur : <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/064000354/0000.pdf> [consulté le 08/07/2007]

<sup>140</sup> Avant de prendre sa décision, il s’informe sur l’éventuel passé judiciaire du mis en cause à l’aide de la base de données du bureau d’ordre local (la loi du 09 mars 2004 institue un bureau d’ordre national, art. 48-1 C. pr. pén.). En effet, il n’est pas opportun de proposer à nantes un rappel à la loi ou une médiation pénale à un mis en cause plusieurs fois condamné par des juridictions parisiennes ; en l’espèce, il est légitime de douter de l’efficacité d’une telle mesure, ne serait-ce qu’à l’égard de la récidive. Au STD comme à la permanence mineur, le juge dispose de créneaux horaires pour fixer la date de l’entretien avec le délégué du procureur ou le médiateur. Il appartient ensuite à l’OPJ de transmettre l’information auprès de l’intéressé. Au surplus, ce dernier peut être informé de cette décision par une convocation émise par le médiateur ou le délégué du procureur.

premier temps, et exécute la mesure ou la peine prescrite, dans un second temps. Ainsi, la proposition et la mise en œuvre de la procédure alternative qui reconnaissent explicitement le principe du contradictoire<sup>141</sup> succèdent à la phase policière qui le nie.

Cependant, depuis quelques années, les parquets sont tenus de respecter des objectifs quantitatifs. D'une manière générale, on essaye de repenser toute la procédure pénale en termes d'efficacité, de productivité et de célérité des procédures<sup>142</sup>. Condamnée à plusieurs reprises par la Cour européenne des droits de l'homme pour non respect des délais raisonnables<sup>143</sup>, et contrainte à une gestion fonctionnelle des flux et des stocks d'affaires, elle tend à se standardiser. Les mesures alternatives n'échappent pas à cette contraction du temps et à cette "traque" des temps morts dans la procédure. Aussi, certaines juridictions simplifient et concentrent le circuit procédural<sup>144</sup>. Il est par conséquent repensé en termes de productivité. On parle, alors, de circuit procédural simplifié. Il s'agit concrètement de limiter les délais de réflexion et d'encadrer les choix à opérer afin d'apporter une sanction rapide et effective. On attribue alors à l'OPJ de nouvelles fonctions qui génèrent des risques de dérives importantes sur la réalité de la reconnaissance des faits, et tend à confondre la phase policière avec l'acceptation de la mesure.

**84.** Sous couvert de simplification et de célérité, les procédures alternatives aux poursuites sont dénaturées par cette intervention<sup>145</sup> *ultra petita*. Leur mise en œuvre prescrit le respect du principe du contradictoire<sup>146</sup>. Le droit positif<sup>147</sup> exige un consentement libre et éclairé à l'alternative. Tout l'intérêt du contradictoire est d'octroyer à l'intéressé une parfaite connaissance de ses droits, de la mise en œuvre et des conséquences des procédures alternatives afin qu'il puisse prendre une décision en toute connaissance de cause. Le fait de

---

<sup>141</sup> Art. préliminaire du C. pr. pén. ; Circ. du 16 mars 2004 relative à la politique pénale en matière de réponses alternatives aux poursuites, BOMJ n°93.

Disponible sur : <http://www.justice.gouv.fr/bulletin-officiel/dacg93c.htm> [consulté le 08/07/2007]

<sup>142</sup> **MAGENDIE**, Jean-Claude. *Célérité et qualité de la justice. La gestion du temps dans le procès*. Rapport de la Commission sur la célérité de la justice, La Documentation française, 2004, p.130 et s.

Les exemples les plus significatifs d'accélération et de standardisation du procès sont le traitement en temps réel des procédures pénales (STD) et l'accroissement des procédures rapides. Entre 1992 et 2002, les convocations par OPJ et les procédures de comparution immédiate, représentent et passent de 43 % à 72 % de l'ensemble des comparutions devant le Tribunal correctionnel. in Statistiques de la Direction des Affaires Criminelles et des Grâces sur l'évolution de la réponse pénale de 1992 à 2002.

Disponible sur : <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/044000433/0000.pdf> [consulté le 08/07/2007]

<sup>143</sup> CEDH du 24 octobre 1989, Aff. *H. c/France*, Série A, n°162A ; CEDH du 25 février 1992, Aff. *Dobbertin c/France*, Série A, n°256-D ; CEDH du 26 avril 1992, Aff. *Vallée c/France*, Série A, n°289A ; JCP 1992, II, 21896, note Apostolidis ; D. 1991, Somm. 333, obs. Renucci. V. **SUDRE**, Frédéric., **MARGUENAUD**, Jean-Pierre., **ANDRIANTSIMBAZOVINA**, Joël., et al. *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*. Coll. Thémis, 4<sup>e</sup> Éd. PUF, 2007, p.336 et s.

<sup>144</sup> Nous pensons à la juridiction d'Angers et à la politique pénale locale instiguée par M. Désert, le procureur de la République actuel. Ainsi que les juridictions de Versailles, Cambrai et Béthune.

<sup>145</sup> En fonction du type d'infraction et des instructions du parquet en matière d'alternative (circulaire de politique pénale locale), l'OPJ recueille par avance l'accord de principe du mis en cause pour une mesure intermédiaire. Lors du compte rendu téléphonique, l'OPJ en fait part au magistrat du parquet, qui après les vérifications d'usage, soit poursuit, soit transmet en temps réel (fax) la convocation ou la proposition d'alternative. L'OPJ notifie directement à l'intéressé la convocation et recueille par écrit son consentement à la mesure. Après signature, il transmet l'ensemble au délégué du procureur pour son exécution.

<sup>146</sup> Cf. infra, §2.

<sup>147</sup> Circ. du 16 mars 2004 relative à la politique pénale en matière de réponses alternatives aux poursuites, BOMJ n°93, § 1 ; **LUCIANI**, Dominique. *op. cit.* pp.121-122 ; Recommandation n° R (99) 19 sur la médiation en matière pénale, pp.28-29.

Disponible sur : <http://www.justicereparatrice.org/intergov/mediation/> [consulté le 08/07/2007]

sous-traiter une partie de la procédure par l'intermédiaire de l'OPJ afin d'accélérer son traitement ne constitue pas en soi une atteinte, à condition de changer de régime juridique. Or, la dérive constatée consiste à recueillir le consentement de l'intéressé à la mesure proposée sans qu'il soit libre et éclairé puisque l'OPJ l'exécute sous le régime de la libre audition ou de la garde à vue. Le transfert de compétences réalisé dans la pratique est à la fois partiel et orienté. Seuls certains pouvoirs ont été délégués. Les garanties processuelles y afférentes comme le principe du contradictoire ne sont pas appliquées. La contraction des procédures dans un temps et un lieu unique avec un interlocuteur identique favorise l'enchaînement imperceptible des procédures de nature différente. Elle tend à la confusion des champs d'application respectifs. Il est difficile de savoir où se termine la phase policière et où commence celle de l'alternative<sup>148</sup>. En définitive, on se dispense d'une garantie processuelle pour favoriser la célérité des procédures.

**85.** Le maintien d'un régime policier – non contradictoire – pour proposer des alternatives constitue une atteinte grave aux droits de la défense. Avant le contact téléphonique avec le parquet, lorsque l'OPJ se renseigne auprès du mis en cause pour connaître son avis, sa position de principe à l'égard d'une mesure alternative, cette demande est légitime pour effectuer rapidement une première sélection des dossiers. Mais encore faut-il que cet avis soit éclairé par une information claire et objective. L'OPJ est-il l'acteur le plus impartial, le plus objectif, et le plus à même de renseigner l'intéressé sur le contenu, les enjeux et l'opportunité de ces mesures ? Dans les commissariats et gendarmeries, l'information concernant les alternatives reste succincte et se résume régulièrement à une définition fonctionnelle, à savoir, l'évitement du tribunal et du juge. Ce raccourci stylistique est souvent imparable pour obtenir l'adhésion du mis en cause, mais il demeure insuffisant pour donner un avis éclairé.

**86.** En aval de l'orientation, l'insuffisance, voir le défaut d'information est davantage préjudiciable pour le mis en cause parce qu'il lui est demandé d'adhérer à la mesure. On exige de lui un consentement à une procédure dont il ignore les principales caractéristiques, le fonctionnement et les conséquences. Au plan juridique, c'est un vice de consentement flagrant par défaut d'information – non respect du contradictoire – qui porte nécessairement atteinte aux droits de la défense.

Les opposants à son application ne manqueront pas de relativiser cette atteinte en se basant sur la faiblesse des enjeux, la dénomination suffisamment explicite de certaines alternatives qui n'exigent pas forcément de plus amples explications, ainsi que la notification des droits pour les autres. Effectivement, s'il est possible d'admettre en partie ces arguments pour le rappel à la loi, le classement sous condition et la médiation, il n'en demeure pas moins une absence de contradictoire contraire à la loi et portant atteinte aux droits de la défense.

En ce qui concerne plus spécifiquement la composition pénale, à l'inverse, nous renversons ces arguments pour justifier ces atteintes. La seule dénomination ne permet d'explicitier ni son fonctionnement, ni sa portée. D'autre part, elle connaît des enjeux d'une autre dimension pénale. Le ministère public propose par l'intermédiaire de l'OPJ, des peines d'amende, des peines complémentaires<sup>149</sup> et plus seulement des mesures. Seule, la notification des droits à

<sup>148</sup> Juridiquement, la phase d'enquête s'achève avec la décision du parquet. Suite à cette orientation, les enquêteurs clôturent officiellement l'affaire et transmettent le dossier écrit au service compétent. Or, dans le circuit simplifié, l'OPJ clôture son enquête seulement après avoir consigné dans un procès-verbal, le consentement de l'intéressé.

<sup>149</sup> La sémantique de l'article 41-2 du Code de procédure pénale n'utilise pas le terme de peine, cependant, son contenu laisse peu de place au doute : l'amende, la confiscation, la suspension du permis de conduire et le travail d'intérêt général constituent des peines, malgré les euphémismes juridiques des intitulés.

l'intéressé contribue partiellement<sup>150</sup> à une information sur son droit à un avocat, à un délai de réflexion. Mais, force est de constater la carence de renseignements sur la mesure elle-même. En réalité, le principal intéressé n'est pas spécialement le premier demandeur. Trop satisfait d'échapper à la confrontation avec le juge et à la publicité d'une audience correctionnelle, il souhaite en finir au plus vite. Donc, peu de justiciables sollicitent une application du contradictoire.

**87.** En définitive, nous constatons que la pratique du circuit simplifié et intégré par certaines juridictions s'effectue au détriment du contradictoire à un moment stratégique de la procédure, ce qui entraîne une carence des droits de la défense.

## **B – Sous l'angle de l'égalité des armes**

**88.** Dans l'hypothèse d'une audition libre comme dans celle d'une garde à vue, l'égalité des armes n'est pas un principe reconnu pendant la phase policière. Au contraire, la défense se situe en nette infériorité par rapport à l'accusation (1). Le développement du circuit procédural simplifié, qui revient à sous-traiter la proposition de l'alternative à l'enquêteur favorise la célérité de la justice, mais au détriment des droits de la défense, à travers l'irrespect du principe de l'égalité des armes qui revient finalement à imposer la mesure (2).

### *1) Une phase policière déséquilibrée*

**89.** Dans le cadre d'une simple audition ou en qualité de témoin, la personne interrogée n'est pas placée sur un plan d'égalité avec l'OPJ. Socialement, il préexiste un lien de subordination entre le policier, représentant de l'ordre public et le témoin, issue de la société civile. Le statut social, la force symbolique et les réels pouvoirs d'enquête de l'OPJ constituent les premiers éléments de sa supériorité dans la relation naissante avec la personne entendue. Pendant l'audition, le rapport de force entre l'enquêteur et le citoyen est intentionnellement inégal. Il est profondément inscrit dans notre culture juridique pénale que l'interrogatoire d'une personne par un policier ne peut pas se dérouler dans le respect du principe de l'égalité des armes<sup>151</sup>. La cause dogmatique de cet axiome étant que la personne en état de faiblesse est plus à même à dire la vérité. Dans le cadre des articles 62, 78 ou 153 Code de procédure pénale, les pouvoirs des enquêteurs sont limités à la contrainte par corps, et au temps de la déposition de l'intéressé. S'il répond à sa convocation et dans le même temps, s'oppose à une déposition, il est entièrement libre de repartir dans l'instant, sauf à ce que l'OPJ décide de le placer immédiatement en garde à vue. Cependant, en pratique, il existe un lien de subordination psychologique conséquent qui tend à déformer les rapports de force. L'OPJ est un professionnel, à l'origine de la convocation, qui pose et choisit les questions, décide de leur orientation et connaît les enjeux de l'audition et des procédures subséquentes. Il est actif et garde le contrôle de l'entretien. Face à lui, le mis en cause est un novice – à l'exception des

---

<sup>150</sup> « dans l'immense majorité des cas, l'auteur renonce à ses droits » GRUNVALD, Sylvie. DANET, Jean. *Une première évaluation de la composition pénale*. Rapport du GIP, "Mission de recherche Droit et Justice", janvier 2004, p.55.

<sup>151</sup> Cf. infra Titre 2 chapitre 1.

multirécidivistes très peu présents dans ce type de procédure – contraint de se rendre à la convocation, il s'estime également dans l'obligation de répondre aux questions posées. Impressionné, inquiet et forcément mal à l'aise dans une situation inhabituelle, il subit l'audition.

Face aux pouvoirs réels et fictifs des OPJ, la personne ne bénéficie pas de droits de la défense, et encore moins de ceux affiliés au statut de gardé à vue, puisqu'au départ, elle ne fait pas l'objet de poursuites judiciaires.

Nous sommes dans un cadre juridique où la personne est interrogée avec son autorisation, elle est volontaire, mais son consentement est relativement vicié. Les déficiences du principe du contradictoire participent activement à cette inégalité des armes. Elles font obstacle à la connaissance des droits par l'intéressé tels que le droit de ne pas déposer, le droit au silence, le droit d'aller et venir après avoir répondu à la convocation. En théorie, les droits existent et favorisent le principe de l'égalité des armes seulement en pratique, ils sont d'aucune utilité puisque les moyens d'en avoir connaissance sont déficients. De telles pratiques sont surprenantes au regard des standards européens qui déclarent que « *le but de la convention consiste à protéger non pas des droits théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs*<sup>152</sup> ». Ainsi, si l'on observe une certaine proportionnalité *in abstracto*, entre les carences en droit de l'intéressé et les pouvoirs très limités des autorités, *in concreto*, il existe un déséquilibre conséquent entre les parties qui conduit à fonder une rupture de l'égalité des armes.

**90.** *A priori*, le placement en garde à vue en amont d'une procédure alternative aux poursuites peut surprendre par la disproportion que constitue l'utilisation d'une mesure aussi contraignante et attentatoire aux libertés individuelles pour gérer des petits délits de faible gravité. Cette situation s'explique par le pouvoir discrétionnaire de l'OPJ à placer une personne en garde à vue. Cette décision répond néanmoins à des exigences juridiques et à des besoins pratiques soumis au principe de réalité. Mais, elle est entièrement indépendante des suites de la procédure. La garde à vue d'une personne ne préjuge ni d'une procédure alternative ni d'un renvoi devant une juridiction, ni d'un classement sans suite.

Par ailleurs, avec l'arrivée de la composition pénale en 1999, les procédures intermédiaires ne traitent plus seulement des petits délits sans gravité. Au fil des réformes<sup>153</sup>, la composition pénale connaît une extension significative de son champ d'application. Elle peut traiter à présent de l'ensemble des contraventions, et surtout de tous les délits punis d'une peine égale ou inférieure à cinq années d'emprisonnement.

Pour ces raisons, il faut relativiser la disproportion dans l'usage de la garde à vue en matière de procédures alternatives aux poursuites.

**91.** D'ailleurs, le placement en garde à vue ne change pas fondamentalement le déséquilibre entre les parties.

Dans l'hypothèse d'une audition de témoin, l'atteinte au principe de l'égalité des armes est étroitement liée aux déficiences du contradictoire. En garde à vue, au contraire, il n'est plus possible de se fonder sur son absence puisque son exercice mesuré est directement à l'origine de la mise en œuvre des droits de la défense.

Les OPJ disposent du pouvoir d'arrêter et de retenir pendant vingt-quatre heures une personne contre sa volonté. C'est une atteinte grave à la liberté d'aller et venir qui se justifie par les

---

<sup>152</sup> CEDH du 09 octobre 1979, Aff. *Airey c/Irlande*, Série A, n°32, § 24.

Disponible sur : <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr> [consulté le 08/07/2007]

<sup>153</sup> Cf. Art. 36 de la Loi n° 2002-1138 du 09 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice, et Art. 69 et s. de la Loi n° 2004-204 du 09 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

nécessités de l'enquête lorsqu'il existe contre la personne « *une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenter de commettre une infraction* »<sup>154</sup>. En contrepartie, les enquêteurs sont obligés de notifier les droits au gardé à vue<sup>155</sup>. En apparence, la garde à vue semble respecter le principe de l'égalité des armes. Les atteintes nécessaires pour l'enquête apparaissent proportionnées aux droits accordés, et la seule présence de l'avocat apparaît comme la garantie de son respect. Or, en pratique, il n'en est rien. Les applications des principes du contradictoire et de l'égalité des armes qui garantissent une effectivité aux droits de la défense sont limitées dans le temps et circonscrites à la périphérie de la garde à vue<sup>156</sup>.

Pendant les interrogatoires, le déséquilibre volontaire de la défense est entretenu et accentué de diverses manières<sup>157</sup>.

En simple audition ou en garde à vue, la phase policière ne respecte pas le principe de l'égalité des armes. Au contraire, l'institution est pensée pour inférioriser le mis en cause, le déstabiliser. La seule différence entre le statut de témoin et celui de gardé à vue n'est qu'une question de degré sur la force de subordination à employer.

Il faut regretter de la part du législateur, l'absence de régime juridique plus favorable en ce qui concerne les petits délits comme il en existe des plus défavorables, en matière de terrorisme ou de stupéfiants<sup>158</sup>.

## 2) Une alternative imposée

**92.** Le choix d'un circuit procédural simplifié tend à confondre la phase d'enquête avec l'acceptation de l'alternative<sup>159</sup> et génère ainsi des risques de dérive importants sur la réalité de la reconnaissance des faits.

Des arguments de fait et de droit laissent présager des craintes justifiées sur l'intégrité et la réalité des aveux passés au cours de l'enquête. Pour la première fois, avec la composition pénale, le législateur attribue des effets juridiques à l'aveu. La reconnaissance des infractions devient une condition préalable à l'ouverture d'une alternative<sup>160</sup>. L'évolution législative de la composition pénale en particulier, illustre parfaitement ces craintes<sup>161</sup>. Au départ, dans la loi

---

<sup>154</sup> Art. 63 du C. pr. pén.

<sup>155</sup> Art. 63 et s. du Code de procédure pénale concernent l'information sur les motifs de son arrestation, le droit à un avocat, à un médecin, à prévenir un membre de sa famille.

<sup>156</sup> Cf. infra n°255 et s.

<sup>157</sup> Cf. infra n°263 et s.

<sup>158</sup> Art. 63-4 du C. pr. pén. sur les régimes spéciaux de garde à vue. V. Dossier de AJ pénal sur la garde à vue ; **GIUDICELLI**, André. *La nouvelle garde à vue*. AJ pénal 2004, p.161 ; **THOLAKIAN**, Gérard. *La garde à vue anti-terroriste : A la recherche d'un juge ou une course d'orientation qui n'aurait pas déplu à Philipidès !* in Les Cahiers du Conseil national des Barreaux, la garde à vue dans tous ses états. 2005, p.31 ; Cf. infra n°468 et s.

<sup>159</sup> Cf. supra.

<sup>160</sup> Juridiquement, la reconnaissance des faits permet seulement l'ouverture de la composition pénale. Cependant, la politique pénale étend cette condition préalable à l'ensemble des mesures intermédiaires. « *Il convient de réserver le recours aux alternatives aux poursuites à des faits simples, reconnus par le mis en cause, ou à tout le moins non sérieusement contestables par celui-ci* ». Circ. du 16 mars 2004 relative à la politique pénale en matière de réponses alternatives aux poursuites, BOMJ n°93, 1-2-1°.

Disponible sur : <http://www.justice.gouv.fr/bulletin-officiel/dacg93c.htm> [consulté le 08/07/2007]

<sup>161</sup> **GRUNVALD**, Sylvie. **DANET**, Jean. *Une première évaluation de la composition pénale*. Rapport du GIP, "Mission de recherche Droit et Justice", janvier 2004, p.114.

de 1999 figure une nullité textuelle selon laquelle : « à peine de nullité, cette proposition ne peut intervenir pendant la durée de la garde à vue de l'auteur des faits ».

Cette disposition tend à préserver l'intégrité de l'aveu de toutes influences et pressions inhérentes à l'audition du gardé à vue. La doctrine<sup>162</sup> s'accorde à reconnaître en l'intéressé « une personne fragile », en « situation de vulnérabilité ». Pourtant, la loi du 09 septembre 2002<sup>163</sup> a supprimé cette nullité, sans aucune explication, ni garantie. Ce retournement insolite du législateur marque le point de départ des risques de dérive par rapport à l'aveu et plus généralement, il est à l'origine du circuit procédural simplifié<sup>164</sup>.

**93.** L'efficacité mais surtout la célérité des modalités des alternatives laissent supposer que l'OPJ a tout avantage à informer le prévenu qu'il est dans son intérêt de reconnaître les faits afin qu'il puisse en bénéficier. *A priori*, cette situation est satisfaisante pour l'ensemble des protagonistes<sup>165</sup>, à condition d'être coupable. Cette traque de l'aveu n'est pas sans rappeler les dérives du système américain, dans lequel des innocents sont parfois obligés de plaider coupable<sup>166</sup> tellement l'aléa judiciaire est important. Ce risque au moment de la garde à vue est d'autant plus présent que l'intéressé est seul face à son contradicteur. L'avocat n'intervient pas pour exercer la défense en connaissance du dossier. Il n'est pas présent aux perquisitions, aux interrogatoires et aux expertises<sup>167</sup>.

S'il faut relativiser l'existence d'une dérive en matière d'alternative réparation (petit délit, faible enjeu), en revanche, le danger est bien réel pour la composition pénale. Sur ce point précisément, les risques de dérives enregistrés en matière de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC)<sup>168</sup> sont particulièrement éclairants et surtout transposables à la composition pénale. Comme l'auteur, « on peut redouter que la possibilité de comparution, avec sa certitude d'une peine limitée ne soit utilisée en garde à vue pour obtenir des aveux. Avec un risque réel d'aveux contraires à la réalité, sur lequel le prévenu ne reviendra pas

<sup>162</sup> **PRADEL**, Jean. *Une consécration du « plea bargaining » à la française, la composition pénale instituée par la Loi n° 99-515 du 23 juin 1999*. D. 1999, chron. p.379.

<sup>163</sup> Art. 36 de la Loi n° 2002-1138 du 09 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice. Disponible sur : <http://www.legifrance.gouv.fr/texteconsolide/PJEDP.htm> [consulté le 08/07/2007]

<sup>164</sup> Tant que la nullité textuelle de la composition pénale subsistait, le circuit procédural simplifié ne pouvait exister pour cette mesure. En la supprimant, le législateur valide *a posteriori* le circuit procédural simplifié pour les alternatives réparations et autorise implicitement cette pratique de la proposition de la mesure pendant la garde à vue pour l'alternative sanction.

<sup>165</sup> D'un côté, l'OPJ clôture plus rapidement son enquête avec la reconnaissance circonstanciée des faits délictueux, et de l'autre, le mis en cause bénéficie d'une alternative aux poursuites et en conséquence, évite une sanction correctionnelle plus lourde par principe.

<sup>166</sup> Le Monde du 28 janvier 2004 sur l'affaire Moutet ; **GARAPON**, Antoine., **PAPADOPOULOS**, Ioannis. *Juger en Amérique et en France*. Éd. O. Jacob, 2003 ; **PAPADOPOULOS**, Ioannis. *Composition pénale et plea bargaining*. IHEJ du 13 février 2003 ; **PAPADOPOULOS**, Ioannis. *Le Plea bargaining au Etats-Unis. Une discussion de ses problèmes juridiques et économiques et de son intégration dans le système pénal américain*. IHEJ, Coll. Les Notes, Éd. PUF, 2004. Il est nécessaire de rappeler que 90 à 95 % des affaires pénales aux États-Unis sont traitées par le plaider-coupable. Moins qu'un type de procédure judiciaire parmi d'autres, afin de rendre la justice, c'est devenu un outil de gestion des flux.

<sup>167</sup> Le circuit procédural simplifié concentre les lieux (gendarmerie, poste de police), réduit les acteurs (OPJ, mis en cause) et contracte les unités de temps (procédure rapide, en temps réel, sans délai de réflexion) afin de rationaliser et d'accélérer les procédures. Cette simplification se réalise d'une part, sur une économie d'informations et d'explications et d'autre part, sur les modalités de la procédure. L'extrême célérité de la composition pénale – la première phase s'exécute en une seule journée –, la pression psychologique de la garde à vue et la reconnaissance des faits limitent considérablement en pratique l'intervention d'un conseil. À Angers, le passage au circuit simplifié a vu la disparition quasi complète de l'avocat alors qu'il était présent auparavant, dans 20 à 30 % des compositions pénales. **GRUNVALD**, Sylvie. **DANET**, Jean. *op. cit.* p.76.

<sup>168</sup> Cf. infra n°289 et s.

*afin de bénéficier du tarif "réduit" et éviter à tout le moins l'aléa judiciaire qui pourra être présenté de manière dramatisée par la police*<sup>169</sup> ».

Les atteintes aux droits de la défense recensées dans le circuit procédural simplifié, tant par le non-respect du principe contradictoire que celui de l'égalité des armes, sont encore à ce jour minoritaires au sein des juridictions, tout simplement parce que la majorité de celles-ci ne l'a pas encore adopté. Toutefois, les exigences en termes de simplicité et de célérité de la justice se faisant de plus en plus pressantes, il est certain que ce mode simplifié se développera à l'avenir, mais au détriment des garanties processuelles.

**94.** À l'issue de la phase policière, sur la base du compte rendu téléphonique effectué par l'OPJ chargé de l'affaire, le procureur de la République oriente discrétionnairement l'affaire vers l'une des procédures alternatives aux poursuites. Du simple rappel à la loi à la composition pénale en passant par la médiation, le rituel est différent. Cependant, il tend à garantir plus efficacement les droits de la défense au moyen d'une application plus rigoureuse des principes du contradictoire et de l'égalité des armes.

## **§2 – Au cours des procédures**

**95.** Au terme de la phase policière, le mis en cause est informé des suites de la procédure mais pas forcément de ses enjeux. Suite à l'entretien téléphonique entre le parquet et l'OPJ chargé du dossier – en dehors de la présence de la défense comme de la partie civile – le magistrat détermine la mesure alternative applicable et fixe immédiatement un rendez-vous judiciaire<sup>170</sup>. Pour ce faire, il dispose d'un planning de créneaux horaires ouverts à l'ensemble des procédures alternatives. À son tour, par convocation écrite, l'OPJ avise le mis en cause et la victime éventuelle du rendez-vous judiciaire. Au surplus, ils sont officiellement convoqués par lettre manuscrite par le délégué du procureur, le médiateur ou l'association en charge de la mesure.

Au moment de l'orientation de l'affaire, le magistrat dispose de toute une gamme de mesures parmi les procédures alternatives aux poursuites. Pour faciliter leur étude, nous adoptons la *suma divisio* qui distingue les "alternatives réparation" (A) de "l'alternative sanction"<sup>171</sup> (B).

### **A – Les alternatives réparation**

**96.** Lors du rendez-vous judiciaire, le justiciable ignore très souvent le contenu, la mise en œuvre, les enjeux et les effets juridiques de la mesure alternative<sup>172</sup>. Néanmoins, ces carences sont factuelles et surtout temporaires.

---

<sup>169</sup> DANET, Jean. *La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. Ceci n'est pas un plaider coupable*. Rapport de synthèse du Colloque organisé par le Barreau de Versailles, le 28 novembre 2003.

<sup>170</sup> Le STD connaît une application quasi généralisée. Cependant, il arrive encore, dans quelques juridictions et plus spécialement en matière de mineur que le magistrat de permanence demande simplement la transmission par courrier de l'enquête. L'orientation de l'affaire est repoussée sine die, à charge pour ce dernier d'avertir les parties de la procédure subséquente.

<sup>171</sup> Les termes d'alternatives "réparation" ou "sanction" sont directement issus de l'analyse de GUINCHARD, Serge., BUISSON, Jacques. *Procédure pénale*. 2<sup>e</sup> Éd. Litec, 2002, n°891.

<sup>172</sup> À la fin de l'enquête, rares sont les mis en cause qui demandent des explications, des informations sur la procédure subséquente auprès de l'OPJ chargé auparavant de les interroger. En pratique, une fois informés de la convocation judiciaire et libre d'aller et venir, ils quittent rapidement le commissariat ou la gendarmerie.



Pendant l'exécution de la mesure, notre droit positif<sup>173</sup> prescrit l'application des principes du contradictoire et de l'égalité des armes pour garantir l'effectivité des droits de la défense à travers la libre discussion, l'accès au dossier et l'intervention d'un avocat.

Cependant, avec l'adynamie des enjeux, la faible intensité des rapports de force exercés sur la défense et le degré moindre des sanctions, il faut convenir que l'exercice des principes connaît un intérêt proportionnel aux besoins limités de défense. Ainsi, le principe du contradictoire est presque superfétatoire (1) et le principe de l'égalité des armes acquis (2).

### 1) Un principe du contradictoire presque superfétatoire

97. En matière de rappel à la loi<sup>174</sup>, la présence ou l'absence de contradictoire n'est pas significative en raison des faibles enjeux de la mesure. Sur l'échelle des réponses pénales, le rappel à la loi figure parmi les plus douces. L'éducatif et le préventif subordonnent le répressif. Comme le précise la circulaire du 16 mars 2004, « *il consiste, dans le cadre d'un entretien solennel, à signifier à l'auteur, la règle de droit, la peine prévue et les risques de sanction encourus en cas de réitération des faits. L'enjeu de cette mesure réside dans la prise de conscience chez l'auteur des conséquences de son acte, pour la société, la victime et pour lui-même sans se réduire à de simples considérations morales* »<sup>175</sup>.

Devant le délégué du procureur, l'entretien est contradictoire, une discussion est possible entre les protagonistes, et les échanges d'arguments sont encouragés. Comme pour l'ensemble des procédures alternatives aux poursuites<sup>176</sup>, le mis en cause peut se faire assister d'un avocat et demander à consulter son dossier pénal. Les droits de la défense sont respectés.

En revanche, lorsque le rappel à la loi est effectué par l'OPJ<sup>177</sup> à l'issue de l'enquête, il n'est pas constaté de manifestation du principe du contradictoire comme devant le délégué du

---

Toutefois, en ce qui concerne les mineurs, les parents avisés des faits sont souvent inquiets des suites judiciaires et demandent parfois aux policiers – où à l'avocat le cas échéant – des informations sur le rappel à la loi ou le classement sous condition. Pour la victime, entendue généralement en début de procédure, elle n'est plus présente au moment de l'orientation. Mais à sa demande, l'OPJ peut la renseigner succinctement sur les diverses conséquences judiciaires.

<sup>173</sup> Art. préliminaire et 41-1 du C. pr. pén. Circ. du 16 mars 2004 relative à la politique pénale en matière de réponses alternatives aux poursuites, BOMJ n°93, § 3.1. « *Les principes généraux interdisent tout traitement différencié de mesures (alternatives) qui sont des réponses pénales quant au respect des droits de la défense. Une solution contraire conduirait à empêcher l'exercice de tels droits dans la mise en œuvre de mesures alors même que l'assistance d'un avocat est possible dans le cadre d'instances non-judiciaires, notamment disciplinaires. L'ouverture des droits de la défense se justifie d'autant plus que ces mesures doivent être ordonnées selon des conditions procédurales précises et ne peuvent, en tout état de cause, être considérées comme dépourvues de portée juridique, notamment en terme de responsabilité civile* » ; Les magistrats du parquet prescrivent la préservation des droits des parties. « *il faut s'assurer de leur accord après les avoir informés clairement sur l'existence d'autres voies procédurales et leur possibilité d'y recourir [...]*. LUCIANI, Dominique. loc. cit. pp.121-122.

<sup>174</sup> En 2004, sur les 388 944 procédures alternatives, 53 % sont des rappels à la loi et des avertissements. in Annuaire statistique de la justice. La Documentation française, Éd. 2006, p.109.

<sup>175</sup> Circ. du 16 mars 2004 relative à la politique pénale en matière de réponses alternatives aux poursuites, BOMJ n°93, § 2.1.1°a).

<sup>176</sup> Circ. du 16 mars 2004 relative à la politique pénale en matière de réponses alternatives aux poursuites, BOMJ n°93, § 3.1.1°.

<sup>177</sup> La Loi n° 2004-204 du 09 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité valide à l'article 41-1 du Code de procédure pénale, une ancienne pratique policière qui consistait à charger l'OPJ du rappel à la loi.

procureur. Au commissariat, le rappel à la loi se déroule dans la continuité de l'interrogatoire. Le passage d'une phase policière à une phase d'alternatives aux poursuites respectant les droits de la défense n'est absolument pas marqué.

Pour autant, il est difficile de relever une réelle atteinte aux droits de la défense due à la carence du contradictoire, car la sanction pénale exercée est faible, et sans conséquence juridique fondamentale sur les libertés individuelles puisqu'elle se limite à une admonestation. En outre, l'atteinte aux droits de la défense est davantage théorique que réelle. Lorsque le rappel à la loi est mis en œuvre par un délégué du procureur, l'exercice des droits, tels que la consultation du dossier ou l'assistance d'un avocat, connaissent en pratique une portée extrêmement limitée<sup>178</sup>.

**98.** En ce qui concerne les classements sous condition<sup>179</sup> l'application du principe du contradictoire connaît une utilité subsidiaire. L'auteur des faits doit effectuer un choix en toute connaissance de cause. Aussi, il doit comprendre l'alternative avant d'en apprécier l'opportunité.

En théorie, il est du devoir de l'avocat de renseigner son client sur le fonctionnement, le régime, et les effets d'un classement conditionnel. Le droit à un avocat est expressément prescrit à cette fin dans la convocation en justice. Mais la quasi-absence du conseil en pratique reporte cette obligation d'information générale sur le délégué du procureur<sup>180</sup>. Cette mission pédagogique participe activement à la réussite de l'alternative. Lorsqu'une sanction est expliquée et comprise, elle n'est que mieux acceptée. Toutefois, cet effort d'information se limite à des renseignements de portée générale. Il ne lui appartient nullement de le conseiller sur l'opportunité de la mesure. Cela reste une prérogative de l'avocat, rarement exploitée dans la réalité judiciaire en raison des faibles enjeux<sup>181</sup> d'une part, et de la reconnaissance des faits d'autre part.

---

Circ. du 14 mai 2004 relative aux dispositions de la loi du 09 mars 2004 immédiatement applicables, BOMJ n°94, § 2.1.1°. Dans la continuité de l'interrogatoire et des instructions téléphoniques prises auprès du parquet, l'OPJ procède au rappel à la loi. De son côté, le mis en cause ne distingue pas cette succession de procédures. Il éprouve l'avertissement solennel comme il a subi auparavant l'interrogatoire. Outre-manche cette procédure se nomme "caution". Elle est exercée par la police auprès de mineurs délinquants. Mais cet avertissement n'a pas un simple caractère officieux, c'est une mesure pénale qui donne lieu à un enregistrement sur l'équivalent de notre casier judiciaire. **DESDEVISES**, Marie Clet. *L'évolution des expériences de médiation entre délinquants et victimes : l'exemple britannique*. Rev. sc. crim. 1993, p.48.

<sup>178</sup> En raison de la faible gravité des infractions, l'enquête est très souvent succincte. La consultation du dossier revient à relire ses propres déclarations et celles de la victime ou des témoins éventuels. La présence d'un avocat ne se révèle pas d'une grande utilité. Il ne plaide pas, il ne négocie rien, son rôle se limite à informer son client sur la mesure à venir et sur le comportement à tenir.

<sup>179</sup> Art. 41-1-2°, 3° et 4° du C. pr. pén. Il s'agit de l'orientation vers une structure sanitaire, sociale ou professionnelle, de la régularisation d'une situation constitutive d'une infraction ou de la réparation du dommage résultant des faits.

En 2004, les classements sous condition représentaient 18 % des mesures alternatives, soit 70 089 procédures. in *Annuaire statistique de la justice*. La Documentation française, Éd. 2006, p.109.

<sup>180</sup> « Les délégués du procureur présenteront clairement le sens et les limites de leur intervention aux justiciables concernés » Circ. du 16 mars 2004 relative à la politique pénale en matière de réponses alternatives aux poursuites, BOMJ n°93, § 3.1. En pratique, les délégués du procureur ont très vite acquis le réflexe d'informer le mis en cause sur ses droits et ses devoirs.

<sup>181</sup> Les enjeux se limitent à l'exercice d'une condition (réparation du dommage, entretien avec un centre social, régularisation d'une situation illégale) afin d'éviter des poursuites pénales. Le choix est d'autant plus simple que depuis la loi du 09 mars 2004, en cas d'échec de l'alternative, le législateur préconise une composition pénale ou la reprise des poursuites pénales. Cf. Circ. du 14 mai 2004 relative aux dispositions de la loi du 09 mars 2004 immédiatement applicables, BOMJ n°94, § 2.2.

Disponible sur : <http://www.justice.gouv.fr/bulletin-officiel/dacg94a.htm> [consulté le 08/07/2007]

Néanmoins, la carence effective de conseil au cours de cette alternative ne prive pas le mis en cause de prendre directement connaissance de son dossier pénal, soit par simple consultation juste avant l'entretien, soit par la délivrance d'une copie gratuite<sup>182</sup>. Cependant, cet exercice reste marginal en pratique parce que le justiciable ignore très souvent ce droit, de par la réticence dolosive du délégué du procureur à l'en informer. Il n'est ni dans sa culture ni dans son intérêt de le promouvoir. Avec l'accès au dossier, il peut craindre une discussion sur les faits et/ou la culpabilité alors que l'entretien est censé préparer l'exécution d'une mesure. Au surplus, comme pour le rappel à la loi, la consultation du dossier n'a qu'un très faible intérêt. En définitive, l'application du principe du contradictoire au cours des classements conditionnels ouvre des droits de la défense rarement exercés en pratique. L'essentiel consistant à laisser le mis en cause libre de son choix de les exercer ou non, en toute connaissance de cause.

**99.** Au plus haut dans l'échelle des alternatives réparation<sup>183</sup>, la médiation pénale est par nature contradictoire puisqu'elle « *consiste, sous l'égide d'un tiers, à mettre en relation l'auteur et la victime afin de trouver un accord sur les modalités de réparation mais aussi de rétablir un lien et de favoriser, autant que possible, les conditions de non réitération de l'infraction alors même que les parties sont appelées à se revoir* »<sup>184</sup>.

Sa nature complexe met en œuvre une procédure alourdie afin de satisfaire des enjeux à sa mesure. Comme en matière de classement sous condition, le mis en cause dispose d'un choix à faire. En outre, il doit mener une discussion avec la victime, dans un domaine pénal particulièrement conflictuel<sup>185</sup>.

Le mis en cause – comme la victime – peut solliciter l'assistance d'un avocat. Ce droit est expressément inscrit dans la convocation en justice afin de garantir son effectivité. Le rôle de l'avocat consiste essentiellement à informer et expliquer la procédure, les régimes et les effets juridiques de la médiation. Par ailleurs, il consulte le dossier pénal pour prendre connaissance de la procédure et des éléments de fond à l'origine de la médiation.

Lors des entretiens avec le médiateur, l'avocat garde une position effacée, en retrait de son client<sup>186</sup>. Il n'a pas de mandat de représentation. Son rôle consiste à veiller sur ces intérêts, à vérifier la légalité de la procédure, à le conseiller sur les choix à faire ou ne pas faire. Parfois, dans les situations très conflictuelles, il joue également un rôle de "temporisateur". Garant des intérêts de son client, il doit lui faire comprendre qu'une médiation acceptée vaut mieux qu'un jugement correctionnel imposé.

En outre, les conseils avisés d'un professionnel peuvent se révéler fort utiles lorsque les parties sont confrontées à une affaire mal orientée. Pour la partie civile, il peut conseiller le

<sup>182</sup> Art. R. 155. 2° du C. pr. pén. ; Circ. du 03 août 2001 relative à la délivrance des copies des pièces pénales, BOMJ n°83 ; Cass. crim. 12 juin 1996, JCP 1996, IV, 2571. « *Le principe du contradictoire qui passe par la consultation du dossier, la communication des pièces aux parties et aux conseils va de soi* ». in **LUCIANI**, Dominique. op. cit. p.120.

Disponible sur : <http://www.justice.gouv.fr/bulletin-officiel/dsj83b.htm> [consulté le 08/07/2007]

<sup>183</sup> En 2004, la médiation pénale représente 9 % des mesures alternatives, soit 34 866 procédures. in Annuaire statistique de la justice. La Documentation française, Éd. 2006, p.109.

<sup>184</sup> Circ. du 16 mars 2004 relative à la politique pénale en matière de réponses alternatives aux poursuites, BOMJ n°93, § 2.1.1° e) ; Art. 41-1, 5° C. pr. pén.

<sup>185</sup> Il s'agit principalement des conflits familiaux ou de voisinage. V. **DORVAUX**, Geneviève., **LEVEEL**, Carole., **BENMAAD**, Samah. *La médiation pénale, bilan d'application et perspectives d'évolution*. in Les modes alternatifs de résolution des conflits : approche générale et spéciale. (dir.) **RACINE**, Jean-Baptiste., CREDOC, CERC, GIP, Rapport dans le cadre Mission de recherche « Droit et Justice », 2001 p.191

<sup>186</sup> « *Parmi les avocats nombre sont ceux qui dont les espoirs placés dans la médiation ont été déçus. Ces derniers ne retiennent de leurs expériences en cette matière qu'un constat d'inutilité* ». **POKORA**, Sophie. *La médiation pénale*. AJ pénal 2003, n°2, p.60.

rejet de la médiation lorsqu'il considère les faits trop graves ou la qualité de multirécidiviste du prévenu. Du côté de la défense, l'avocat peut prendre le risque de conseiller à son client le rejet de la médiation lorsque la procédure est manifestement insuffisante (manque de preuves) ou illégale<sup>187</sup> pour demander un renvoi devant une juridiction. Cependant, il faut reconnaître que l'avocat investit davantage le champ de la négociation – terrain peu familier aux avocats pénalistes – que celui de la confrontation.

Contrairement aux préjugés initiaux<sup>188</sup> qui ont couru dans les prétoires sur son nouveau rôle, il se montre à son avantage dans cette nouvelle culture pénale consensuelle, il se révèle « *l'homme du respect du contradictoire* »<sup>189</sup>. Toutefois, ses absences régulières dans la pratique, nous contraignent à nous intéresser à la place du contradictoire en dehors de son intervention.

**100.** La procédure de médiation pénale est-elle contradictoire en l'absence de l'avocat ? Cette interrogation est à la fois insidieuse et pertinente. Elle se veut tout d'abord insidieuse parce qu'elle suggère une déficience du contradictoire lorsque l'avocat est absent. Elle est également pertinente parce que la réalité judiciaire pose le principe de la carence du conseil pendant la médiation pénale. Le défaut d'avocat ne résulte ni d'une déficience de contradictoire ni d'une inégalité des armes. Il procède d'un libre choix de l'intéressé. Contrairement à la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC) où l'avocat est obligatoire, le législateur a considéré les enjeux de la médiation pénale insuffisants pour l'imposer, mais suffisants pour le proposer.

Lorsque l'avocat est présent, au mieux dans 20 % des affaires, il est intéressant de constater que le médiateur assure lui-même un contradictoire "*plancher*" à l'égard des parties, à l'image d'un juge d'instance. Dans les limites de son statut, qui lui impose une stricte neutralité et impartialité<sup>190</sup>, il informe, explique et répond à chacune des questions des parties conformément aux recommandations du Conseil de l'Europe<sup>191</sup>, afin que ces dernières parviennent à un accord juste et équilibré en toute connaissance de cause.

Ainsi, il informe et explique la procédure, les régimes et les effets juridiques de la médiation. Il précise également que l'échec de l'alternative conduit systématiquement à l'ouverture d'une composition pénale ou à la reprise des poursuites *sine die*. Le médiateur se limite au contradictoire de base, aux informations de portée générale.

Il est important de remarquer l'instauration d'un réel débat contradictoire entre les parties pour parvenir à un accord. Contrairement au rappel à la loi, où le mis en cause est passif, et le classement conditionnel, où la discussion se limite à accepter ou refuser la proposition, durant la médiation, les protagonistes échangent leurs arguments, leurs points de vue sur le conflit, les modalités d'indemnisation. Ils tentent de trouver une solution négociée, juste et satisfaisante pour tous.

Pour être tout à fait exhaustif, il faut ajouter pour chacune des parties, la possibilité de consulter directement le dossier pénal, soit par simple demande, juste avant l'entretien, soit

---

<sup>187</sup> HADIDI, Farida. *Les enjeux de la médiation pénale pour l'avocat*. in *La médiation pénale. Entre répression et réparation*. (dir.) CARIO, Robert., Coll. logiques juridiques, Éd. L'Harmattan, 1997, p.132.

<sup>188</sup> Cf. supra n°55.

<sup>189</sup> STASI, Mario. *La médiation : le point de vue des avocats*. Acte du Colloque organisé par le CRPC sur la médiation, CA Paris le 25/10/91, APC 1992, n°14, p.86.

<sup>190</sup> Art. R. 15-33-33 C. pr. pén. ; Circ. du 16 mars 2004 relative à la politique pénale en matière de réponses alternatives aux poursuites, BOMJ n°93, Section 2 § 3.

<sup>191</sup> Recommandation N° R (99) 19 sur la médiation en matière pénale du Conseil de l'Europe, adoptée par le Comité des Ministres le 15 septembre 1999.

Disponible sur : <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?Command=com.instranet.CmdBlobGet&DocId=410060&SecMode=1&Admin=0&Usage=4&InstranetImage=62820> [consulté le 08/07/2007]

par la délivrance d'une copie gratuite. Cependant, pour des raisons identiques à celles du classement sous condition<sup>192</sup>, en pratique, cette forme de contradictoire reste marginale. Au demeurant, cette situation de fait est parfaitement critiquable au regard des éléments exploitables mais inexploités du dossier pour déterminer le préjudice de la victime. « *Cet aspect de la question est essentiel car seule une connaissance parfaite des éléments contenus au dossier permettra d'éviter le recours à des procédures incidentes devant les juridictions civiles, à la suite de négociation pénale "mal ficelée" »*<sup>193</sup>.

En définitive, le respect du principe du contradictoire au sein des "*alternatives réparation*" garantit aux parties la liberté d'exercer ou non leurs droits respectifs. De la même manière, l'application du principe de l'égalité des armes conduit à garantir ces mêmes droits.

## 2) Une égalité des armes acquise

**101.** L'exécution des "*alternatives réparation*" par le délégué du procureur ne porte pas atteinte au principe de l'égalité des armes.

Le rappel à la loi pose le principe d'un entretien unique et individuel<sup>194</sup> au cours duquel le délégué du procureur revient sur les faits, les circonstances qui ont entouré l'infraction avant de rappeler solennellement la loi et la peine encourue. Ce rituel varie très peu à l'exception des lieux (Palais de justice, MJD, poste de police) et des acteurs (délégué du procureur, médiateur, juge, OPJ) qui en ont la charge.

Le rappel à la loi est une mesure singulière où l'entretien se confond avec la sanction. Par nature, il existe un rapport de force défavorable à l'égard du mis en cause. Il se perpétue tout au long de l'entretien dans les actions de chacune des parties. La défense reste relativement passive et fait œuvre de contrition, tandis que le délégué du procureur se révèle davantage actif dans le processus d'admonestation et dans le rappel des valeurs protégées par la loi. Finalement, la nature du rapport de force n'est pas très différente de celle qui s'exerce devant une juridiction de jugement. En revanche, son intensité est réduite du fait de l'absence de peine à l'issue d'un rituel solennel prononcé devant un public avec un *decorum* et par un magistrat professionnel.

Le droit de se faire assister par un conseil lors du rappel à la loi constitue une manifestation du principe de l'égalité des armes qui tend à préserver les droits de la défense et à équilibrer la procédure. Sa présence rééquilibre le rapport de force entre les protagonistes. Néanmoins, il faut reconnaître que ce processus est purement formel, car l'égalité n'est qu'apparente. Cette alternative à la poursuite n'a pas été pensée pour laisser une place et un rôle à l'avocat. Lors de la mesure, il est taisant. À la rigueur, il peut tenter de temporiser certains emportements de son client, mais quoi qu'il en soit, sa marge de manœuvre est limitée. Si l'on ajoute à cela, la faiblesse des enjeux et la non prise en charge de son intervention au titre de l'aide juridictionnelle, on comprend mieux pourquoi en pratique, l'avocat est si rarement présent.

Pour autant, ce déséquilibre initial et continu de la défense face à l'accusation est insuffisant pour caractériser une atteinte au principe de l'égalité des armes. Dans sa globalité, les pouvoirs, les droits et les actions du ministère public ne placent pas la défense « *dans une situation de net désavantage* ».

<sup>192</sup> Cf. supra n°99.

<sup>193</sup> HADIDI, Farida. *Les enjeux de la médiation pénale pour l'avocat*. in *La médiation pénale. Entre répression et réparation*. (dir.) CARIO, Robert., Coll. logiques juridiques, Éd. L'Harmattan, 1997, p.131.

<sup>194</sup> À l'exception des rappels à la loi mineur pour lesquels les titulaires de l'autorité parentale sont également présents.

**102.** Le classement conditionnel se déroule selon un rituel semblable au rappel à la loi (mêmes lieux et acteurs), à l'exception du nombre d'entretiens qui s'étalent selon un calendrier prédéfini. Au premier entretien, le délégué du procureur exécute un rappel à la loi avant de proposer la mesure de classement sous condition. Les entretiens ultérieurs permettent la mise en œuvre de la mesure, avec le consentement de la victime le cas échéant, et d'en vérifier la bonne ou mauvaise exécution afin d'en tirer toutes les suites juridiques.

Avant le courant sécuritaire<sup>195</sup>, l'avocat, en professionnel du droit et connaisseur averti de la jurisprudence et de la politique pénale locale, pouvait conseiller – à la marge – son client de prendre le risque de refuser la mesure afin d'obtenir, un classement sans suite de l'affaire. Aujourd'hui, avec la volonté politique de systématiser la réponse pénale<sup>196</sup>, la prise de risque du conseil disparaît derrière une sanction pénale certaine et aggravée.

Ne disposant pas plus de place que d'un rôle à jouer dans le classement sous condition que dans le rappel à la loi, les mêmes causes engendrent les mêmes effets. L'avocat est rarement présent.

Du côté du mis en cause, la reconnaissance préalable des faits, une information claire et précise sur la procédure<sup>197</sup>, la certitude d'une sanction aggravée en cas d'échec ou de refus, permet à l'intéressé de donner un consentement libre et éclairé. Cela étant, tous ces éléments le conduisent surtout à accepter la mesure. Faut-il pour autant en conclure à une atteinte au principe de l'égalité des armes ?

À l'image du rappel à la loi, il existe un rapport de force défavorable à la défense, une présence résiduelle de l'avocat et une liberté de choix très théorique. Mais tous ces éléments ne placent, ni en pratique, ni en théorie, la défense « *dans une situation de net désavantage* » par rapport à l'accusation. En outre, l'exercice du principe du contradictoire contribue à l'information de la défense qui participe et tend à l'équilibre des parties.

**103.** La nature consensuelle de la médiation pénale favorise l'exercice du principe de l'égalité des armes et préserve les droits de la défense.

La médiation consiste à mettre en relation l'auteur et la victime sous l'égide d'un tiers afin de trouver un accord sur les modalités de réparation et rétablir ainsi du lien social entre les parties appelées à se revoir. Le tiers dénommé médiateur dans cette mesure relève juridiquement du statut de délégué du procureur<sup>198</sup>. Mais sa mission et sa position par rapport aux parties sont différentes<sup>199</sup>. Il se présente comme un protagoniste neutre qui intercède dans le conflit, sans prendre partie, afin d'organiser le débat et permettre une résolution consensuelle du litige. Comparé au délégué du procureur dont la fonction de représentant du

---

<sup>195</sup> Nous pensons notamment à la Loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne, à la Loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure, à la Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, à la Loi n° 2002-1138 du 09 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice et enfin à la Loi n° 2004-204 du 09 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité

<sup>196</sup> « *Il convient de bien situer les alternatives aux poursuites dans la chaîne de traitement judiciaire par rapport aux autres réponses pénales, en fonction d'un principe de réponse graduée intégrant la gravité des faits mais aussi les impératifs de gestion des flux. Toute la crédibilité de ces mesures se fonde sur la certitude d'une sanction, en cas d'échec imputable à l'auteur* ». Circ. du 16 mars 2004, BOMJ n°93, § 2.2.

<sup>197</sup> Cf. supra n°99.

<sup>198</sup> Décret n° 2001-71 du 29 janvier 2001 et Décret n° 2002-801 du 03 mai 2002.

<sup>199</sup> **BONAFE-SCHMITT**, Jean-Pierre. *Les médiations : logiques et pratiques sociales*. Recherche réalisée avec le soutien du GIP Mission de recherche droit et justice, 2001 ; **GUILBOT**, Michèle., **ROJARE**, Sophie. *La participation du Ministère Public à la médiation*. in APC n° 14, 1992. Acte du colloque sur la médiation pénale organisé par le CRPC.

ministère public est plus prégnante que la fonction sociale, le médiateur connaît les caractéristiques inverses.

En conséquence, le rapport de force se modifie et déplace son centre de gravité du dualisme accusation/défense vers celui de partie civile/défense. La place et le rôle du ministère public tendent à s'effacer au profit d'un rapport de force entre justiciable.

Malgré un rituel très variable<sup>200</sup> suivant les juridictions, lors d'un entretien préliminaire, le médiateur s'assure pour commencer du consentement libre et éclairé de chaque justiciable à l'égard de la mesure de médiation. Ensuite, lors de la rencontre, il arbitre le débat et tente de concilier les parties. Dans l'hypothèse d'une médiation réussie, le médiateur matérialise l'accord entre les parties par la rédaction d'un procès-verbal<sup>201</sup>.

Les droits et devoirs de chacune des parties sont rigoureusement identiques, ils négocient à armes égales. Ils ont le droit d'accepter ou de refuser la médiation en parfaite connaissance de cause puisqu'ils ont également le droit de consulter le dossier<sup>202</sup>, et à l'assistance d'un avocat<sup>203</sup>. En pratique, ni l'un ni l'autre ne sont véritablement exploités. D'après un rapport de recherche du GIP, le conseil n'intervient que dans 9 % des dossiers de médiation pénale<sup>204</sup>. Selon une autre recherche réalisée sur le TGI de Lyon, « moins de 10 % des personnes convoquées en médiation sont assistées d'un avocat. Moins de 20 % des dossiers traités le sont en présence d'un avocat au moins. Les avocats apparaissent ainsi à la fois soucieux d'être présents "en théorie" et relativement absents en pratique »<sup>205</sup>.

**104.** Au regard de ces différents éléments, il est permis de conclure au respect du principe de l'égalité des armes au sein de la médiation pénale. Comparativement aux autres alternatives réparation, elle est la plus respectueuse du principe. Cependant, une question subsiste en ce qui concerne la présence de l'avocat. Son intervention auprès d'une seule partie ne risque-t-elle pas de déséquilibrer une procédure manifestement équitable à l'origine ?

Plusieurs arguments nous permettent de réfuter catégoriquement cette assertion.

Le premier et certainement le plus convainquant, c'est le libre choix laissé à chacune des parties de se faire assister ou non par un avocat. Cette liberté de choix est d'autant plus pertinente que depuis la loi du 18 décembre 1998<sup>206</sup> et ses décrets d'application<sup>207</sup>, la

<sup>200</sup> LAZERGES, Christine. *Typologie des procédures de médiation pénale*. in Mélanges Colomer, Éd. Litec, 1993, p.217.

<sup>201</sup> Art. 41-1-5° du C. pr. pén.

<sup>202</sup> Art. préliminaire du C. pr. pén. ; Circ. du 16 mars 2004 relative à la politique pénale en matière de réponses alternatives aux poursuites, BOMJ n°93, § 3.1.

<sup>203</sup> POKORA, Sophie. *La médiation pénale*. AJ pénal 2003, n°2, p.60 ; BERG, Rémi. *L'avocat et le médiateur*. PA du 28 juillet 1999, n°149, p18 ; HADIDI, Farida. *Les enjeux de la médiation pénale pour l'avocat*. in *La médiation pénale. Entre répression et réparation*. (dir.) CARIO, Robert., Coll. logiques juridiques, Éd. L'Harmattan, 1997, p.129. Selon les statistiques du CNB, le nombre de personnes bénéficiant de l'aide juridictionnelle en matière de médiation est en constante augmentation. Entre 2004 et 2005, il croit de 4.6 %. V. Les chiffres clés de l'aide juridictionnelle, tableau VII.

Disponible sur : [http://www.cnb.avocat.fr/lettre\\_conseil/LDC-03-2006/chiffres-cles\\_AJ.pdf](http://www.cnb.avocat.fr/lettre_conseil/LDC-03-2006/chiffres-cles_AJ.pdf) [consulté le 08/07/2007]

Disponible sur : <http://www.cnb.avocat.fr/PDF/cahiers/AJ/eco.pdf> [consulté le 08/07/2007]

<sup>204</sup> FAGET, Jacques. *Accès au droit et médiation*. Rapport de recherche du GIP "Mission de recherche droit et justice", n°12, 2000, p.60.

<sup>205</sup> WYVEKENS, Anne. *Les maisons de justice : sous la médiation, quelle troisième voie ?* in *La médiation pénale. Entre répression et réparation*. (dir.) CARIO, Robert., Coll. logiques juridiques, Éd. L'Harmattan, 1997, p.73. Pour une explication à son absence, Cf. n°55.

<sup>206</sup> Loi n° 98-1163 du 18 décembre 1998 relative à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits.

Disponible sur : <http://www.senat.fr/dossierleg/pj197-530.html> [consulté le 08/07/2007]

<sup>207</sup> Décret n° 2001-512 du 14 juin 2001, Décret n° 2002-366 du 18 mars 2002 et Décret n° 2003-853 du 05 septembre 2003.

médiation pénale peut faire l'objet d'un dossier d'aide juridictionnelle<sup>208</sup>. Ainsi, il est difficile de conclure à une atteinte aux droits de la défense lorsque le déséquilibre est directement issu du choix volontaire d'une des parties.

En outre, il ne faut pas oublier le rôle et les obligations de neutralité et d'impartialité du médiateur à l'égard des parties, qui lui impose de veiller à ce que la médiation ne s'exerce pas au détriment de l'une des parties et à ce que l'évaluation du préjudice éventuel ne soit ni ridicule, ni exorbitant<sup>209</sup>.

Enfin, le principe de l'égalité des armes s'applique afin de garantir à chaque partie *la possibilité de présenter sa cause dans des conditions qui ne la place pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire*, il ne tend nullement à une égalité absolue entre les parties.

**105.** Sur un plan à la fois plus théorique et général des procédures alternatives aux poursuites, il est tentant d'avancer l'idée d'une rupture de l'égalité des armes fondée sur l'absence de voie de recours et l'impossibilité d'avoir accès à un tribunal ou encore le droit d'être jugé par un magistrat, gardien des libertés individuelles.

En effet, les "*alternatives réparation*" ne connaissent pas l'ouverture de voie de recours. Cette caractéristique renvoie implicitement à la nature<sup>210</sup> *sui generis* de la mesure. L'absence de voies de recours s'explique par la nature non juridictionnelle mais préjudiciaire des alternatives. Elles ne constituent ni un début de poursuite ni un commencement de jugement. De plus, cette caractéristique est la même pour l'ensemble des acteurs à la procédure, donc insusceptible de constituer une inégalité des armes.

Néanmoins, l'exécution d'une alternative réparation n'exclut pas, en théorie, la mise en mouvement de l'action publique par le ministère public d'une part, et par la constitution de partie civile de la victime, d'autre part. Les alternatives réparation ne constituent pas un mode d'extinction de l'action publique contrairement à "*l'alternative sanction*". La doctrine se sert notamment de ce critère pour différencier les alternatives entre elles et parmi d'autres institutions, comme la transaction. Faut-il pour autant conclure à une inégalité des armes entre la défense et l'accusation ? L'interrogation est purement théorique et très éloignée de la réalité judiciaire, qui préconise le classement de l'affaire lorsque la mesure intermédiaire est exécutée<sup>211</sup>.

En conclusion, le respect des principes du contradictoire et de l'égalité des armes au sein des "*alternatives réparation*" garantit à la défense, un exercice effectif de ses droits.

---

<sup>208</sup> La sélection du droit à un avocat par les moyens financiers et l'inégalité devant la loi qui en résulte s'est considérablement atténuée avec l'aide juridictionnelle. Les plus démunis ont désormais un droit effectif à l'avocat. En revanche, il faut reconnaître que les classes moyennes se trouvent dans une situation intermédiaire inconfortable entre l'exclusion – partielle ou totale – de l'aide juridictionnelle et l'impossibilité de financer personnellement les honoraires d'un avocat. Au 1<sup>er</sup> janvier 2007, le plafond mensuel à ne pas dépasser pour bénéficier de l'aide juridictionnelle totale est de 874 € et de 1 311 € pour l'aide juridictionnelle partielle.

Disponible sur : <http://vosdroits.service-public.fr/particuliers/F1070.xhtml> [consulté le 08/07/2007]

<sup>209</sup> BERG, Rémi. loc. cit. p.18.

<sup>210</sup> LEBLOIS- HAPPE, Jocelyne. *La médiation pénale comme mode de réponse à la petite délinquance : état des lieux et perspectives*. Rev. sc. crim. 1994, pp.533-536 ; LAZERGES, Christine. *Médiation pénale, justice pénale et politique criminelle*. Rev. sc. crim. 1997, n°1, p.197 ; FAGET, Jacques. *La médiation. Essai de politique pénale*. Éd. Érès, 1997, pp.149-151.

<sup>211</sup> Il ne faut pas oublier que les procédures alternatives aux poursuites ont été mises en œuvre pour désengorger les tribunaux. Par conséquent, lorsque la mesure intermédiaire se termine par une exécution, il serait incohérent de poursuivre l'affaire dans le circuit classique.



## B – L’alternative sanction

**106.** La composition pénale est qualifiée d’alternative sanction dans la mesure où elle tend à sanctionner le mis en cause de mesures privatives ou restrictives de droits.

Définie aux articles 41-2 et 41-3 du Code de procédure pénale<sup>212</sup>, la composition pénale consiste pour le procureur de la République à proposer à l’auteur<sup>213</sup> des faits<sup>214</sup> d’exécuter une ou plusieurs mesures<sup>215</sup> présentant un caractère de sanction sous le contrôle d’un magistrat du siège qui valide ou non la proposition.

Derrière cette définition sommaire de la composition pénale, les études<sup>216</sup> révèlent une grande diversité dans sa mise en œuvre et une grande variété dans son rituel en fonction des juridictions qui l’exercent. La nature hétérogène de sa mise en œuvre est un facteur déterminant qu’il faut prendre en compte dans l’appréciation des droits de la défense.

Dans l’ensemble, les droits de la défense sont expressément inscrits dans l’alternative sanction. Le respect apparent du principe du contradictoire (1) d’une part, et le respect formel de l’égalité des armes (2) d’autre part, garantissent les droits de la défense dans leur ensemble, même s’ils présentent tous deux quelques déficiences.

### 1) *Un contradictoire respecté en apparence*

**107.** D’un point de vue formel, en matière de composition pénale, les droits de la défense sont garantis par l’application du principe du contradictoire.

Les carences initialement constatées pendant la phase policière<sup>217</sup> sont relativement comblées après l’entretien avec le représentant du ministère public. En effet, le mis en cause est informé de l’ensemble de ses droits et obligations relatifs à l’exécution de la composition pénale et de tous renseignements utiles à sa compréhension<sup>218</sup>.

---

<sup>212</sup> Art. 41-2 et 41-3 du C. pr. pén. résultant de la Loi n° 99-515 du 23 février 1999 renforçant l’efficacité de la procédure pénale ; Art. 15-33-38 à 15-33-60 du C. pr. pén. ; Circ. du 11 juillet 2001 concernant la composition pénale, BOMJ n°83.

Disponible sur : <http://www.justice.gouv.fr/bulletin-officiel/dacg83c.htm> [consulté le 08/07/2007]

<sup>213</sup> La composition pénale n’est applicable qu’aux personnes majeures. En outre, elle exige que la personne reconnaisse avoir commis l’infraction. Circ. du 11 juillet 2001 concernant la composition pénale, BOMJ n°83, § 3.

<sup>214</sup> La procédure de composition pénale n’est possible que pour certains délits ou contraventions limitativement énumérés aux articles 41-2 et 41-3 du C. pr. pén. Pour l’essentiel, ces infractions correspondent à la délinquance urbaine, qu’il s’agisse de violences contre les personnes ou d’atteintes aux biens. Le législateur n’a toutefois pas retenu de délits punis d’une peine d’emprisonnement supérieure à trois ans, la procédure de composition pénale ne devant concerner, de par sa nature, que des infractions d’une gravité relative. Circ. du 11 juillet 2001 concernant la composition pénale, BOMJ n°83, § 2.

<sup>215</sup> L’auteur de l’infraction peut se voir proposer une ou plusieurs des 13 mesures figurant à l’article 41-2 du Code de procédure pénale : paiement d’une amende de composition (art. 41-2-1°), remise d’une chose (art. 41-2-2°), remise de son permis de conduire ou de chasser (art. 41-2-4° et 5°), réalisation d’un travail non rémunéré (art. 41-2-6°), suivre un stage ou une formation (art. 41-2-7°), ne pas émettre de chèques (art. 41-2-8°) ou encore effectuer un stage de citoyenneté (art. 41-2-13°).

Une seule ou plusieurs de ces mesures, voire la totalité d’entre elles, peuvent être proposées à la personne.

<sup>216</sup> GRUNVALD, Sylvie., DANET, Jean. *Une première évaluation de la composition pénale*. Rapport du GIP dans le cadre Mission de recherche « Droit et Justice », janvier 2004.

<sup>217</sup> Cf. supra n°79 et s.

<sup>218</sup> Circ. du 11 juillet 2001 concernant la composition pénale, BOMJ n°83, Section III.

Avant l'entretien avec le délégué du procureur, la convocation précise que le mis en cause peut se faire assister par un avocat<sup>219</sup> de son choix ou, s'il n'en connaît pas, qu'il peut lui en être désigné un d'office. Pourtant en pratique, comme pour les autres procédures alternatives aux poursuites, l'avocat se fait très discret<sup>220</sup>.

Est-ce en raison de sa non participation à l'élaboration de l'institution<sup>221</sup>, de son absence lors de sa mise en œuvre par les autorités, ou tout simplement un désintérêt particulier pour cette alternative<sup>222</sup> ? En toutes hypothèses, l'intervention ou non de l'avocat<sup>223</sup> est un choix qui appartient exclusivement au justiciable. Or, pour lui, « *la faible gravité des faits ne semble pas justifier le recours à un conseil, et encore moins le paiement d'honoraires, d'autant qu'il reconnaît avoir commis l'infraction*<sup>224</sup> ». Inconsciemment, le fait de ne pas faire appel à un conseil constitue sûrement une fausse justification à la minimisation des faits incriminés.

Plus certainement, le moment, le lieu et la précision du contenu de ce droit influencent l'exercice ou non de celui-ci par le mis en cause. Pour preuve, à Angers, le changement de circuit procédural a engendré une quasi-disparition de la présence de l'avocat alors qu'il était présent auparavant dans 20 à 30 % des compositions pénales<sup>225</sup>. Par souci de célérité et d'efficacité, d'une information écrite, reçue à domicile dans un temps postérieur à l'arrestation, la juridiction est remontée en amont de la procédure pour délivrer oralement l'information au temps de la garde à vue par un OPJ. D'autres<sup>226</sup> ont repoussé cette formalité très en aval de la procédure, au temps de la composition pénale devant le délégué du procureur.

**108.** L'information des droits en temps réel, c'est-à-dire au temps de la procédure, dans un environnement officiel, tend à priver le justiciable du temps nécessaire à la réflexion, tout en protégeant l'accusation de toute action en nullité. Ce n'est pas tant l'information de ce droit – comme celui du délai de réflexion de dix jours<sup>227</sup> – en temps réel qui pose problème, mais davantage l'exigence d'une réponse immédiate qui conduit en pratique, le justiciable à s'en priver. Ainsi, les conditions exogènes qui encadrent l'exercice des droits de la défense sont aussi déterminantes que l'information du droit lui-même est inhérent à son effectivité. En outre, le contenu de ce droit, généralement inscrit dans la convocation ou dicté oralement de façon synthétique afin de respecter la lettre de la loi, n'apporte aucune autre précision sur les modalités de son application, et notamment sur la possibilité d'obtenir une aide

---

<sup>219</sup> L'article 41-2 al.5 du Code de procédure pénale précise que « *la personne à qui est proposée une composition pénale est informée qu'elle peut se faire assister par un avocat avant de donner son accord à la proposition, accord qui sera recueilli par procès-verbal* ».

<sup>220</sup> Ils sont si peu présents que « *certains avocats s'interrogent sur l'intégrité du consentement obtenu, qui est pourtant une condition fondamentale de la composition* ». GUIDICELLI, André. BUREAU, Aurore. *Les premières applications de la composition pénale dans le ressort de la Cour d'Appel de Poitiers*. "Mission de recherche Droit et Justice", EPRED, décembre 2003, synthèse, p.5.

Disponible sur : <http://www.gip-recherche-justice.fr/recherches/syntheses/105-composition-penale-poitiers.pdf>  
[consulté le 08/07/2007]

<sup>221</sup> Cf. supra n°55 et s.

<sup>222</sup> À Lyon, les compositions pénales sont notifiées et exécutées dans le cadre des MJD où les avocats ont organisé des permanences pour les auteurs comme pour les victimes.

<sup>223</sup> Très peu d'informations sont communiquées sur l'intervention des avocats en composition pénale. Nantes évalue sa présence entre 20 et 30 %, Auch indique une assistance de 20 % et Châteauroux une intervention sur six.

<sup>224</sup> GUIDICELLI, André. BUREAU, Aurore. *loc. cit.* p.5.

<sup>225</sup> GRUNVALD, Sylvie. DANET, Jean. *op. cit.* p.76.

<sup>226</sup> REGNAULT, Jean-Daniel. *Composition pénale : l'exemple du Tribunal de Cambrai*. AJ pénal 2003, p.55.

<sup>227</sup> Art. R 15-33-39 du C. pr. pén.

juridictionnelle pour les personnes à faible revenu. Il est certain que la perspective d'avoir à rémunérer un avocat en plus de la sanction pécuniaire décourage considérablement l'intéressé de prendre un défenseur. Au surplus, le justiciable perçoit mal l'aide apportée par un auxiliaire de justice à partir du moment où les faits sont reconnus. Même si en général, ils se défendent de minimiser son rôle devant les procédures alternatives aux poursuites, ni l'OPJ, ni le délégué du procureur ne vont plaider en faveur de l'avocat, et présenter ce droit comme une opportunité de mieux saisir les enjeux, les faiblesses de la mesure<sup>228</sup> et risquer ainsi son exécution.

**109.** Autre manifestation du contradictoire, l'accès au dossier est l'exemple topique du droit théorique et illusoire qui ne peut être exercé par le mis en cause, faute d'en être informé.

Depuis un décret du 31 juillet 2001<sup>229</sup>, l'article R. 155, 2° du Code de procédure pénale autorise le mis en cause à consulter son dossier pénal, sans l'autorisation préalable du procureur de la République, et à en demander une copie gratuite. Incontestablement, cette reconnaissance légale du droit d'accès à son dossier pénal constitue une manifestation du contradictoire qui garantit les droits de la défense, mais seulement en apparence.

Dans la réalité judiciaire, ce droit demeure inexercé par le mis en cause parce qu'il n'en a pas connaissance. Pourtant l'article 41-2 du Code de procédure pénale et sa circulaire d'application<sup>230</sup> n'exigent-ils pas, à peine de nullité, un consentement libre et éclairé auquel l'accès au dossier participe nécessairement ? Ni la convocation, ni le délégué du procureur et encore moins l'OPJ<sup>231</sup> informent le justiciable de ce droit. L'absence de nullité textuelle, l'insuffisance de précisions dans la circulaire, les exigences de célérité et d'efficacité des procédures, et la crainte d'un surcroît de travail<sup>232</sup> expliquent les réticences dolosives à informer les personnes de ce droit.

Cet état de fait, également constaté parmi les alternatives réparations, est davantage discutable en matière de composition pénale au regard des enjeux et du degré de répression. Cette atteinte aux droits de la défense par la déficience du contradictoire est d'autant plus contestable que sa portée pratique est limitée. En effet, dans l'hypothèse où le mis en cause est informé de ce droit, son intérêt à le consulter est circonscrit par son contenu et par le manque de culture juridique de son lecteur. Dans la pratique, sa consultation resterait très certainement marginale.

Enfin, il est important de noter l'absence de débat contradictoire dans le rituel de la composition pénale. À aucun moment, une discussion, un échange d'arguments ou de positions ne se met en place entre les différents acteurs. La composition pénale n'est pas une procédure qui suscite un échange, elle s'apparente à un contrat d'adhésion<sup>233</sup> en droit civil.

---

<sup>228</sup> Nous pensons notamment à l'examen préalable du dossier et à sa validité sur le plan légal. Nombre d'affaires contiennent des irrégularités de fond et surtout de forme pouvant motiver une nullité de toute la procédure.

<sup>229</sup> Décret n°2001-689 du 31 juillet 2001 ; Circ. du 03 août 2001 sur la délivrance des copies des pièces pénales, BOMJ n°83.

Disponible sur : <http://www.justice.gouv.fr/bulletin-officiel/ds;83b.htm> [consulté le 08/07/2007]

<sup>230</sup> Circ. du 11 juillet 2001 concernant la composition pénale, BOMJ n°83.

<sup>231</sup> Il n'est pas dans la nature et encore moins dans la culture des enquêteurs de respecter le principe du contradictoire. La phase policière génère davantage une culture du secret.

<sup>232</sup> La crainte d'un surcroît de travail se porte sur le service de reprographie et sur l'organisation des consultations des dossiers, sans moyens humains et matériels supplémentaires. Vu les difficultés chroniques de ce service au sein des juridictions, les craintes apparaissent légitimes.

<sup>233</sup> **HEDERER**, Jacques. *Un an d'expérimentation de la composition pénale dans un TGI*. AJ pénal 2003, n°2, p.54.

Le choix du mis en cause se limite à adhérer ou refuser la convention, sans discussion ni négociation sur la mesure punitive. Il faut reconnaître que la reconnaissance des faits *ab initio* a tendance à annihiler le débat. Parfois, le délégué du procureur entend chacune des parties avant de proposer la mesure. Dans l'hypothèse la plus défavorable, il propose discrétionnairement la mesure sitôt la victime éventuelle entendue, et le rappel à la loi effectué auprès du mis en cause. En outre, l'audition des justiciables par le juge du siège n'ouvre pas à la possibilité d'un débat contradictoire<sup>234</sup>. Au surplus, depuis la loi du 09 septembre 2002, les audiences de validation des juges du siège n'exigent plus la comparution des justiciables. Par souci de célérité, ils les valident par ordonnance en audience de cabinet. En définitive, le principe du contradictoire est respecté en apparence, mais concrètement il nous faut constater de légères insuffisances sans grande portée sur les droits de la défense. Néanmoins, elles méconnaissent certains droits.

## 2) Une égalité des armes formelle

**110.** La composition pénale ne connaît pas de rupture du principe de l'égalité des armes mais diverses atteintes.

Il convient tout d'abord de revenir sur la place de l'avocat au sein de la composition pénale. Les modalités de mise en œuvre des droits comme le délai de réflexion de dix jours ou l'assistance d'un avocat, ne constituent-elles pas une atteinte au principe de l'égalité des armes ?

Plus précisément, la défense n'est-elle pas dans une situation de net désavantage par rapport à l'accusation sur un plan temporel ? De l'arrestation à la validation de la composition pénale, le "rythme" de la procédure est soumis aux impératifs et aux exigences de l'accusation avec des temps morts nécessaires au traitement administratif de la mesure et insusceptibles d'être mis à profit par la défense<sup>235</sup>, et des accélérations à des instants clefs de l'alternative ou la défense n'a pas le recul nécessaire pour se préparer<sup>236</sup>. Certains peuvent nous objecter que cette critique est également valable pour les autres alternatives et légitimement s'interroger sur notre choix. Seulement, la nature, les propres caractéristiques, les enjeux et la fin poursuivie par chacune d'elles, justifient et fondent notre critique à l'égard de la seule composition pénale<sup>237</sup>.

---

<sup>234</sup> « Ces auditions ont pour seul objet d'éclairer le magistrat dans sa décision de validation ou de non-validation, mais ne sont pas destinées à permettre un véritable débat contradictoire entre les intéressés ». Circ. du 11 juillet 2001 concernant la composition pénale, BOMJ n°83, § 3.2.

<sup>235</sup> Nous pensons bien évidemment au moment où le dossier est transmis par l'OPJ en direction du parquet, qui le redirigera à nouveau vers un délégué du procureur. C'est un temps mort inexploité par la défense pour consulter le dossier, avoir connaissance de ses droits et le temps suffisant pour réfléchir à la proposition de composition pénale.

<sup>236</sup> En revanche, lors de l'entretien devant le délégué du procureur, on informe des droits et de la proposition de composition pénale avec la pression et l'exigence d'une réponse en temps réel. Les modalités pratiques de la procédure, la gestion du temps et les insuffisances de contradictoire conduisent en réalité la défense à se dispenser d'un conseil, à ne pas exercer ses droits, et à consentir, résignée, à la proposition faite par le ministère public.

<sup>237</sup> Cette critique n'est pas valable pour la médiation pénale parce qu'il existe un temps d'échange, de discussion, de négociation où le contradictoire s'exprime pleinement. Pour les autres alternatives, c'est davantage les enjeux et la fin éducative et préventive qu'elles poursuivent qui les font échapper à la critique.

Ensuite, les études sur l'application de la composition pénale au sein des juridictions<sup>238</sup> ont permis de découvrir une pratique commune à l'ensemble des tribunaux que ni la loi, ni les circulaires n'entendaient apposer : l'élaboration d'un barème sur les mesures à appliquer dans le cadre de la composition.

Dans le but de limiter au maximum le taux d'échec de la mesure lors de la phase de validation par les magistrats du siège, ces derniers, en collaboration avec les magistrats du parquet, ont convenu d'un barème en adéquation avec la jurisprudence pénale locale.

Cette entente préalable entre magistrats, en l'absence remarquée du Barreau pour défendre l'intérêt du justiciable, démontre d'une part, une volonté commune de parvenir à l'intégration de la mesure avec un taux de validation très élevé<sup>239</sup>, et d'autre part, une exigence de célérité et d'efficacité réelle de la procédure alternative répressive. Exclue *ab initio* des travaux préparatoires et des arrangements prétoriens à la composition pénale, la défense est quasiment absente pendant la procédure, et *in fine*, en désuétude lors de l'audience de validation.

**111.** Le droit d'accès au juge inscrit initialement dans la loi du 23 juin 1999 et indirectement consacré par le Conseil constitutionnel<sup>240</sup>, est abrogé par la loi du 09 septembre 2002<sup>241</sup>. Aussi surprenant que cela puisse paraître, dans l'ensemble, les magistrats du fond ont approuvé cette suppression. En effet, ce droit plaçait le juge du siège dans une situation fort inconfortable. Le législateur limitait son action à vérifier si la proposition du parquet correspond aux champs d'application édictés par la loi et aux standards établis en amont par les accords bilatéraux. Mais, il ne pouvait apprécier ni la culpabilité, ni la peine proposée.

Au demeurant, ces deux éléments sont normalement tenus pour acquis au moment de l'audition. Or, le justiciable percevait cette audience<sup>242</sup> comme un débat contradictoire au cours duquel l'auteur discutait de la nature et du taux de la sanction fixée, où la victime réclamait une révision de son dédommagement. Et, le juge se retrouvait dans l'impossibilité de répondre à leurs attentes. Néanmoins, ces demandes avaient l'avantage de démontrer d'une part que la composition avait été manifestement mal expliquée ou mal comprise par le justiciable, et d'autre part, que son consentement – à une sanction, à une réparation – ou sa reconnaissance des faits n'était pas, à la marge, libre et éclairé.

Par ailleurs, le législateur n'a pas seulement supprimé le droit d'accès au juge, il a de surcroît délégué la validation de la composition pénale au juge de proximité<sup>243</sup>. Pourtant, en raison du caractère expressément répressif de la composition, le Conseil constitutionnel exige l'intervention d'un juge du siège<sup>244</sup>. Ne souhaitant pas réitérer l'échec de l'injonction pénale,

<sup>238</sup> GRUNVALD, Sylvie. DANET, Jean. *op. cit.* p.26 ; BUREAU, Aurore. *Les premières applications de la composition pénale dans le ressort de la Cour d'Appel de Poitiers*. "Mission de recherche Droit et Justice", EPRED, 2003, p.26.

<sup>239</sup> Un taux de validation entre 90 et 95 %.

<sup>240</sup> Cons. const. 02 février 1995, n°95-360 DC. Rec. p.195 ; RJC, I, p.632.

Disponible sur : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/doctrine/95360dc.htm> [consulté le 08/07/2007]

<sup>241</sup> Art. 36 de la Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002, loi d'orientation et de programmation pour la justice. Abrogation de « *les auditions sont de droit si les intéressés le demandent* » à l'art. 41-2 C. pr. pén.

<sup>242</sup> « *Ces auditions ont pour seul objet d'éclairer le magistrat dans sa décision de validation ou de non-validation, mais ne sont pas destinées à permettre un véritable débat contradictoire entre les intéressés* ». Circ. du 11 juillet 2001 concernant la composition pénale, BOMJ n°83, § 3.2.

<sup>243</sup> Décret n° 2003-542 du 23 juin 2003 relatif à la juridiction de proximité ; art. R.53.41 du C. pr. pén.

<sup>244</sup> « *certaines mesures susceptibles de faire l'objet d'une injonction pénale peuvent être de nature à porter atteinte à la liberté individuelle ; que dans le cas où elles sont prononcées par un tribunal, elles constituent des sanctions pénales ; que le prononcé et l'exécution de telles mesures, même avec l'accord de la personne susceptible d'être pénalement poursuivie, ne peuvent, s'agissant de la répression de délits de droit commun, intervenir à la seule diligence d'une autorité chargée de l'action publique mais requièrent la décision d'une*

en 1999, les parlementaires intègrent parfaitement cette recommandation constitutionnelle dans la loi. En 2002, le législateur décide d'abroger cette disposition, malgré un rapport défavorable de la Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme<sup>245</sup>. De plus, dans sa décision du 29 août 2002<sup>246</sup>, le Conseil constitutionnel limite l'intervention du juge de proximité à la seule matière contraventionnelle et précise qu'il ne pourra pas prononcer de peine privative de liberté. Or, le champ d'application de la composition pénale est essentiellement délictuel.

Ainsi, la possibilité de faire appel à la protection du gardien des libertés fondamentales n'est plus seulement fragile et désuète au regard de sa seule mission de validation, elle n'existe plus à l'initiative des justiciables. Désormais, elle est confiée à "l'auto saisine" du juge de proximité qui ne possède ni la légitimité, ni l'expérience d'un magistrat du siège.

La reconnaissance des droits de la défense au sein de la composition pénale tend au respect du principe de l'égalité des armes. Toutefois, en pratique, la déficience de quelques aspects concrets du principe nous conduit à reconnaître qu'une régularité formelle.

## CONCLUSION CHAPITRE 1

**112.** L'émergence des droits de la défense au sein des procédures alternatives aux poursuites se révèle dans l'ensemble difficile.

Reconnus comme un principe de droit naturel, il paraissait légitime de penser qu'avec l'apparition et le développement d'une justice consensuelle en matière pénale, les droits de la défense s'affirment tout aussi naturellement. En réalité, le contraire s'est imposé, il a fallu penser la défense dans ces nouvelles procédures puisqu'elle était absente des travaux parlementaires et des commissions d'application.

Certaines manifestations des principes du contradictoire et de l'égalité des armes sont bien présentes dès l'origine, notamment en ce qui concerne les alternatives réparation, mais leur présence s'explique par leur nature consubstantielle avec la procédure elle-même.

Pour la composition pénale et les autres manifestations des principes, l'intervention, à plusieurs reprises, du législateur fut nécessaire pour encadrer les pratiques et reconnaître les droits.

Sous la grille d'analyse des principes du contradictoire et de l'égalité des armes, il est apparu des différences d'intensité au sein des droits de la défense entre l'amont et l'aval de l'orientation, entre les alternatives réparation et l'alternative sanction.

---

*autorité de jugement conformément aux exigences constitutionnelles* ». Cons. const. 02 février 1995, n°95-360 DC. Rec. p.195 ; RJC, I, p.632.

<sup>245</sup> « La Commission s'étonne que la voie choisie pour assurer cette justice de proximité, qui doit être aussi une justice de qualité, soit celle du recours à des juges non professionnels exerçant à temps partiel, plutôt que celle de l'accroissement du nombre et des moyens et de la réforme des modes d'intervention des juges d'instance, c'est-à-dire de magistrats de carrière agissant dans le cadre de l'organisation judiciaire existante ». Observations de la Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme (CNCDH) sur l'avant-projet de loi d'orientation et de programmation de la justice.

Disponible sur : <http://www.commission-droits-homme.fr/binTravaux/AffichageAvis.cfm?IDAVIS=670&iClasse=1> [consulté le 08/07/2007]

<sup>246</sup> Cons. const. 29 août 2002, n° 2002-461 DC, sp. § 18-20. Rec. p.204 ; **RENOUX**, Thierry. *Justice de proximité : du mythe à la réalité*. Revue française de droit constitutionnel 2003, pp.548-566 ; **GASSET**, Diane. *La réforme de la justice de proximité*. Regard sur l'actualité 2003, pp.79-85.

Disponible sur : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/doctrine/2002461dc.htm> [consulté le 08/07/2007]

Par ailleurs, ce nouveau champ judiciaire a permis d'expérimenter notre méthode d'analyse et de valider la nature de la relation entre les sous-systèmes et le système général. D'une part, l'effectivité des droits est garantie par l'exercice des principes, et d'autre part, la force des droits est proportionnelle et concomitante à l'intensité des principes.

**113.** L'existence de ce système en amont du procès, se vérifie également en aval, dans un champ d'application relativement récent, l'exécution des peines.

## CHAPITRE 2 – L'exécution des peines

"C'est un grand mal sans doute que des condamnés inégalement coupables et de différents âges soient confondus dans la même prison ; mais ce mal ne devient-il pas affreux, lorsqu'on réunit ensemble les coupables condamnés, les prévenus qui peut-être sont innocents... ? "  
Alexis de Tocqueville

"Le détenu est sous l'œil du gardien, le gardien sous l'œil du directeur, la prison sous l'œil du peuple. " Jeremy Bentham, le Panoptique.

**114.** L'émergence des droits de la défense au sein de l'exécution des peines est un phénomène complexe récent.

L'exécution des peines ne se réduit pas à une anamnèse de la prison<sup>1</sup>. Elle est considérée comme un hyperonyme dont le champ d'application s'étend à l'ensemble de la phase post-procès. C'est une branche du droit qui est restée très longtemps dans l'ombre de la justice et dans l'antichambre du non droit. Elle est stigmatisée par des siècles de règles administratives, autant discrétionnaires qu'arbitraires, et par des atteintes aux droits et libertés fondamentales de l'individu. Elle comprend trois hyponymes : le droit pénitentiaire, l'application des peines et l'exécution de la peine<sup>2</sup>.

Les prémisses de l'exécution des peines se manifestent seulement après la seconde guerre mondiale avec la réforme AMOR<sup>3</sup> qui met en œuvre quatorze principes fondamentaux destinés à contenir les débordements arbitraires opérés par les différents textes et règlements antérieurs<sup>4</sup>. Plusieurs décrets ou circulaires sont nécessaires pour effacer progressivement des mentalités le recours à des punitions surannées<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> **BADINTER**, Robert. *La prison républicaine 1871-1914*. Paris, LGF, 1994 ; **CARLIER**, Christian. *Histoire de Fresnes, prison "moderne" : de la genèse aux premières années*. Paris, Syros, 1998 ; **FOUCAULT**, Michel. *Surveiller et punir. Naissance de la prison*. Éd. Gallimard, 1975 ; de **TOCQUEVILLE**, Alexis. *Œuvres complètes : Écrits sur le système pénitentiaire en France et à l'étranger*. Paris, Gallimard, 1984.

<sup>2</sup> **HERZOG-EVANS**, Martine. *Droit de l'application des peines*. 2<sup>e</sup> Éd. Dalloz action, 2005, p.2. Nous faisons le choix discrétionnaire de ne pas traiter de l'exécution de la peine au sens restreint.

<sup>3</sup> Nom donné à la réforme fondamentale du système pénitentiaire mise en œuvre par le magistrat Paul Amor, nommé directeur de l'administration pénitentiaire par le Garde des Sceaux François de Menthon, le 30 septembre 1944. Elle est directement inspirée des idées de la criminologie italienne et du mouvement de la Défense sociale nouvelle de Marc Ancel. **ANCEL**, Marc. *La défense sociale nouvelle, un mouvement de politique criminelle humaniste*. Paris, Cujas, 1954 ; **PINATEL**, Jean. *Traité élémentaire de science pénitentiaire et de défense sociale*. Sirey, 1950. **PETIT**, Jacques-Guy., **FAUGERON**, Claude., **PIERRE**, Michel. *Histoire des prisons en France 1789-2000*. Éd. Privat. 2002, pp.174-177.

<sup>4</sup> En raison d'une hyper inflation textuelle et réglementaire – véritable leitmotiv du droit disciplinaire – nous gardons pour exemple les plus importants tel que l'ordonnance du 10 mai 1839 pour les maisons centrales, le règlement général du 30 octobre 1841 sur la discipline ou encore le Décret du 25 février 1852 et la circulaire de 1839 sur la règle du silence, l'interdiction du tabac, le travail obligatoire... **PETIT**, Jacques-Guy. (dir.) *Histoire des galères, bagnes et prisons, XIIIe au XX siècles*. Éd. Privat, 1991, p.148.

<sup>5</sup> Expl. la punition de la salle de discipline, le face au mur, la tonte systématique des cheveux, le port des fers de nuit... **CERE**, Jean-Paul. *Droit disciplinaire en prison*. Traité de Sciences Criminelles, Éd. L'Harmattan, 2001,



Au cours de la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle, les conditions de vie en prison évoluent d'une discipline militaire destructrice de l'individu tant physiquement que psychologiquement vers une volonté humaniste et sociale de réinsertion de l'homme dans la société.

Les interventions répétées du Parlement viennent profondément modifier les régimes et les normes applicables en prison. L'exécution des peines est emportée par un mouvement législatif protéiforme<sup>6</sup> et irrationnel qui enchaîne la réforme des services de santé en 1994<sup>7</sup> sur celle des sanctions disciplinaires en 1996<sup>8</sup> et du bracelet électronique en 1997<sup>9</sup> avant de poursuivre avec le suivi socio-judiciaire en 1998<sup>10</sup>. Dans cette surproduction normative, les lois du 12 avril et du 15 juin 2000<sup>11</sup> tendent à rapprocher l'exécution des peines des procédures de droit commun et des standards européens. La situation est inédite, elles préfigurent l'émergence des droits de la défense.

Au plan européen – tant au niveau de la Convention que des États –, on ne peut que constater le retard pris par la France en matière de droits des détenus en comparaison de l'Italie (loi du 26 juillet 1975), de l'Allemagne (loi du 16 mars 1976), des Pays-Bas (loi du 21 octobre 1976), ou encore de l'Espagne (loi du 26 septembre 1979).

**115.** L'exécution des peines est marquée par des soubresauts normatifs, au cours desquels de longues phases d'immobilisme législatif succèdent à des périodes de réformes majeures. L'émergence des droits de la défense n'échappe pas à cette caractéristique pénitentiaire. De 1996 à 2001, l'exécution des peines connaît une période de réformes particulièrement propice aux droits de la défense. Des causes conjoncturelles ont précipité un mouvement structurel plus profond mais inexorable.

Dans les années quatre-vingt-dix, des affaires politico-juridiques mettant en cause des personnalités du monde politique et des dirigeants d'entreprise se multiplient, mais surtout elles se terminent par des incarcérations. La couverture médiatique sur ces événements est sans précédent, et incidemment, elle propulse l'univers carcéral sous les feux des médias<sup>12</sup>.

---

p.11-26 ; *Le contentieux disciplinaire dans les prisons françaises et le droit européen*. Coll. logiques juridiques, Éd. L'Harmattan, 1999, p.29-44.

<sup>6</sup> PECHILLON, Éric., HERZOG-EVANS, Martine. *Le droit de l'exécution des peines, problème et enjeux d'une discipline juridique en formation*. Recherche réalisée dans le cadre « Mission de recherche Droit et Justice », Avril 2003, p.13.

<sup>7</sup> Loi n° 94-43 du 18 janvier 1994 relative à la santé publique et à la protection sociale. La prise en charge médicale des personnes incarcérées est de la responsabilité des hôpitaux publics. La fin de la médecine pénitentiaire marque une étape importante dans le développement sanitaire des prisons.

Disponible sur : <http://www.senat.fr/dossierleg/s93940014.html> [consulté le 08/07/2007]

<sup>8</sup> Décret n° 96-287 du 02 avril 1996 relatif aux sanctions disciplinaires.

<sup>9</sup> Loi n° 97-1159 du 19 décembre 1997 relative au placement sous surveillance électronique comme modalité d'exécution des peines privatives de liberté.

Disponible sur : <http://www.senat.fr/dossierleg/pp195-400.html> [consulté le 08/07/2007]

<sup>10</sup> Loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs.

Disponible sur : <http://www.senat.fr/dossierleg/pj197-011.html> [consulté le 08/07/2007]

<sup>11</sup> Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations ; Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000, Loi renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes.

Disponible sur : <http://www.senat.fr/apleg/ddcdlrala.html> [consulté le 08/07/2007]

Disponible sur : <http://www.assemblee-nationale.fr/11/dossiers/justice.asp> [consulté le 08/07/2007]

<sup>12</sup> Crédités d'une notoriété publique, les VIP incarcérés révèlent les rigueurs de l'univers carcéral et les conditions de détention, depuis longtemps dénoncés par l'Observatoire international des prisons et par les détenus, mais ignorés jusque-là, par le grand public. Toutefois, la couverture médiatique n'explique pas tout, l'élément déterminant pour nos gouvernants (politiques et économiques) a été l'effectivité du risque pénal, d'autant plus qu'à l'époque, ils étaient tous plus ou moins menacés judiciairement par rapport aux financements

Dans un climat favorable à une réflexion de fond sur la prison, le récit du médecin chef de la prison de la Santé<sup>13</sup> se transforme en catalyseur d'un phénomène législatif que certains auteurs n'hésitent pas à comparer à une "révolution pénitentiaire française"<sup>14</sup>. En effet, très rapidement, des commissions parlementaires de tous bords politiques, rendent des rapports<sup>15</sup> accablants sur l'ampleur des travaux à accomplir.

Parallèlement à ces causes conjoncturelles, notre droit positif connaît des avancées déterminantes à travers un revirement jurisprudentiel en droit pénitentiaire d'une part, et l'influence du droit conventionnel européen, d'autre part.

Au niveau interne, un revirement de jurisprudence du Conseil d'État ouvre le droit disciplinaire de la prison à la vie juridique. Jusqu'alors, les juges administratifs adoptaient une position contestable qui consistait à se retrancher derrière la notion de mesure d'ordre intérieur pour ne pas avoir à statuer sur les sanctions disciplinaires. L'arrêt *Marie* du 17 février 1995<sup>16</sup> considère pour la première fois qu'une punition de cellule de huit jours est une mesure faisant grief. En conséquence, elle est susceptible de recours. Rapidement, un décret du 02 avril 1996 parachève l'œuvre jurisprudentielle et ouvre les voies de recours à l'ensemble des sanctions disciplinaires<sup>17</sup>.

Au plan européen, depuis la ratification de la Convention européenne en 1974 et surtout la reconnaissance de la Cour européenne en 1981, le droit français s'efforce d'être en conformité avec les normes européennes<sup>18</sup>. L'applicabilité directe de la Convention à l'égard des personnes incarcérées ne suscite aucune incertitude. Dès 1962, la Commission européenne des droits de l'homme affirme que « *les droits et garanties définis par la Convention ne s'effacent pas à l'encontre d'un requérant, même si ce dernier se trouve détenu en exécution d'une condamnation* »<sup>19</sup>. En outre, la jurisprudence européenne est de plus en plus exigeante et contraignante sur des notions comme la matière pénale ou le procès équitable<sup>20</sup>.

---

illégaux des partis politiques. **HERZOG-EVANS**, Martine. *Droit de l'application des peines*. Éd. Dalloz référence, 2002, pp.29-35.

<sup>13</sup> De la promiscuité à l'absence d'hygiène, de la violence entre détenus à la circulation de la drogue, de l'absence d'avocat au prétoire à l'ignorance des droits de la défense au sein des procédures, le fracas médiatique autour de ce livre est à un point tel qui n'est plus possible d'ignorer la question carcérale. **VASSEUR**, Véronique. *Médecin-chef à la prison de la santé*. Éd. Le cherche midi éditeur, 2000.

<sup>14</sup> **DE SCHUTTER**, Olivier., **KAMINSKI**, Dan. (dir.) *L'institution du droit pénitentiaire. Enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus*. Coll. La pensée juridique, Éd. Bruylant, 2002, p.17.

<sup>15</sup> Rapport de l'Assemblée nationale n°2521 par J. Floch du 28 juin 2000, sur la situation dans les prisons françaises ; Rapport du Sénat n°449 par J-J. Hyst et G-P. Cabanel du 29 juin 2000, sur les conditions de détention dans les établissements pénitentiaire en France, et titré : Prisons : une humiliation pour la République.

Disponible sur : <http://www.assemblee-nationale.fr/11/dossiers/prisons.asp> [consulté le 08/07/2007]

Disponible sur : <http://www.senat.fr/rap/199-449/199-449.html> [consulté le 08/07/2007]

<sup>16</sup> CE du 17 février 1995, arrêt *Marie*. JCP 1995, II, 22426, note M. Lascombe et F. Bernard ; D. 1995, jurisp. p.381, note N. Belloubet-Frier ; Rev. sc. crim. 1995, p.621, chron. Obs. M. Herzog-Evans ; Rev. sc. crim. 1995, p.381, chron. Obs. P. Couvrat ; AJDA, 1995, p.379, note L. Touvet et J-H. Stahl.

<sup>17</sup> **LARRALDE**, Jean-Manuel. *La réforme du régime disciplinaire des détenus*. AJDA du 20 octobre 1996, p.780-786 ; **PELISSIER**, Pierre. *Le régime disciplinaire des détenus : un progrès inachevé*. Gaz. Pal. 1997, chron. p.860.

<sup>18</sup> Conformément à l'article 55 de la Constitution.

<sup>19</sup> Comm. EDH, Aff. *Kochc/RFA*, Requête n° 1270/61, Annexe 5, p.126.

<sup>20</sup> CEDH du 28 juin 1984, Aff. *Campbell et Fell c/Royaume-Uni*, Série A, n°80, §§67-74. La Cour considère que l'application des peines relève de la matière pénale et de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

CEDH du 08 juin 1976, Aff. *Engel et autres c/Pays-Bas*, Série A, n°22, §§80-85. Elle estime qu'au-delà d'un certain degré de sévérité, une sanction qualifiée de disciplinaire par le droit interne peut revêtir le caractère d'une sanction pénale, soumise aux exigences de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Par conséquent, elle ne peut être prononcée que par une juridiction de droit commun. Or, notre droit recèle des

Par ailleurs, le Comité européen pour la Prévention de la Torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT), une autre organisation du Conseil de l'Europe, effectue des visites au sein des établissements pénitentiaires et rédige des rapports sur les conditions de détention<sup>21</sup>. Principalement axé sur la prévention de la torture et autres traitements dégradants, il dénonce toutes atteintes aux droits de l'homme, comme lors de sa première visite en France, en 1991, il s'est montré particulièrement critique à l'égard de notre système disciplinaire<sup>22</sup>. Cette stigmatisation publique des déficiences disciplinaires a sans conteste influencé l'évolution du droit pénitentiaire.

Le mouvement structurel s'intensifie de l'intérieur et de l'extérieur. Il contribue ainsi à l'émergence des droits de la défense au sein de l'exécution des peines. Toutefois, cette évolution n'est pas linéaire.

**116.** Le mouvement sécuritaire initié à la fin de l'année 2001, influence différemment le droit disciplinaire et l'application des peines.

L'annonce faite par le gouvernement d'une "*grande loi pénitentiaire*", directement issue d'une résolution du Parlement européen du 17 décembre 1998<sup>23</sup> mais également soutenue par la doctrine<sup>24</sup>, ne dépassera pas l'état de projet de loi. Lors de sa parution le 22 novembre 2001, la "*fenêtre libérale*" ouverte en 2000 s'est totalement refermée sur un contre-courant sécuritaire, tant au plan national avec l'échéance des élections, qu'au plan international avec les attentats et les politiques anti-terroristes subséquentes<sup>25</sup>.

branches entièrement dépourvues de ces garanties processuelles comme l'exécution des peines. Pour éviter la publicité internationale d'une condamnation, le législateur se devait d'intervenir. **GUINCHARD**, Serge., **BUISSON**, Jacques. *Procédure pénale*. 3<sup>e</sup> Éd. Litec, 2005, p.10.

<sup>21</sup> Dénué de tous pouvoirs de contraintes, le CPT puise sa force et sa légitimité dans l'indépendance de ses membres et dans ses nombreuses libertés d'action sur le terrain. Il existe ainsi, au sein de l'Europe, une saine émulation pour savoir qui possède le système juridique le plus garant des droits de l'homme. Cette compétition conduit à élever la qualité des normes vers le dénominateur le plus haut.

Disponible sur : <http://www.cpt.coe.int/fr/default.htm> [consulté le 08/07/2007]

<sup>22</sup> Rapport au gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) en France du 27 octobre au 8 novembre 1991. Éd. du conseil de l'Europe, CPT/Inf (93) 2, § 136 et s.

Disponible sur : <http://www.cpt.coe.int/documents/fra/1993-02-inf-fra-1.htm> [consulté le 08/07/2007]

<sup>23</sup> Suite à un rapport de la Commission des Liberté Publiques et des Affaires Intérieures du 22 octobre 1998 sur les conditions de détention en Europe (Réf. A4-0369/98), le Parlement européen vote la résolution et notamment son paragraphe 4 qui « *demande que tous les États membres de l'Union élaborent une loi fondamentale sur les établissements pénitentiaires qui définisse un cadre réglementant à la fois le régime juridique interne (matériel), le régime juridique externe, le droit de réclamation ainsi que les obligations des détenus et prévoie un organe de contrôle indépendant auquel les détenus puissent s'adresser en cas de violation de leurs droits* ».

Disponible sur : <http://www.futurdeleurope.parlement.gv.at/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A4-1998-0369+0+DOC+XML+V0//FR> [consulté le 08/07/2007]

<sup>24</sup> **LECLERC**, Henri. *Le parlement et la prison*. In Homme et Liberté n°111, À quoi sert la prison ? Septembre 2000 ; **LAZERGES**, Christine. *De la judiciarisation à la juridictionnalisation de l'exécution des peines par la loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et des droits des victimes*. Mélanges offert à Pierre Couvrat, Éd. PUF, 2001, p.489 ; **HERZOG-EVANS**, Martine., **CERE**, Jean-Paul. *La discipline pénitentiaire : naissance d'une jurisprudence*. D. 1999, chron. p.509 ; Audition de Mme Lebranchu, Garde des sceaux, le 30 octobre 2001, par la Commission des lois sur le budget de la justice. Mme Guigou puis Mme Lebranchu ont repris et enregistré au bureau de l'Assemblée nationale, le projet de loi pénitentiaire sous forme de proposition de lois le 25 juin 2003. Projet soutenu par L'observatoire international des prisons et le GENEPI. Disponible sur : [http://www.ldh-france.org/docu\\_hommeliber3.cfm?idhomme=22&idpere=10](http://www.ldh-france.org/docu_hommeliber3.cfm?idhomme=22&idpere=10) [consulté le 08/07/2007]

Disponible sur : <http://www.assembleenationale.fr/11/cr-cloi/01-02/c0102007b.asp> [consulté le 08/07/2007]

Disponible sur : <http://www.oip.org> [consulté le 08/07/2007]

<sup>25</sup> **FLETCHER**, Georges Philip. *Le « Patriot Act »*. D. 2002, chron. p.103 ; **DANET**, Jean. *Le droit pénal et la procédure pénale sous le paradigme de l'insécurité*. APC 2003, n°25, p.27.

L'absence de loi pénitentiaire fondamentale perpétue l'existence d'un leitmotiv inhérent à l'exécution des peines qui consiste à appliquer la règle selon une pyramide des normes inversée. Cette singularité dans la hiérarchie des textes s'explique par l'ambition et la prétention des réformes inversement proportionnelle aux moyens en matériel et en personnel engagés. Sans fondamentalement remettre en cause le mouvement de fond qui tend à s'approcher des principes directeurs du procès, l'indigence des moyens mis en œuvre contraint les personnels à adapter les principes à la dure réalité du terrain.

La forte demande sécuritaire exprimée par l'opinion publique, relayée par les politiques et exploitée par les médias se concrétise une augmentation du *quantum* des peines<sup>26</sup>, et se traduit au niveau pénitentiaire par une inflation et une surpopulation carcérale<sup>27</sup>. L'émergence des droits de la défense au sein de l'univers carcéral n'est pas remise en cause, cependant, elle ne progresse plus et connaît certaines difficultés d'application.

En revanche, en matière d'application des peines, le mouvement de juridictionnalisation amorcé avec la loi du 15 juin 2000 s'achève paradoxalement avec la loi du 09 mars 2004<sup>28</sup>. À contre-courant du mouvement répressif, la commission des lois du Sénat, sous l'influence des praticiens, complète les pouvoirs juridictionnels et achève la juridictionnalisation de l'application des peines.

**117.** L'émergence des droits de la défense au sein de l'exécution des peines ne connaît pas une nature suffisamment homogène pour justifier une analyse globale. En conséquence, nous étudierons les droits de la défense sous l'angle des principes du contradictoire et de l'égalité des armes dans les domaines respectifs du droit disciplinaire (SECTION 1) et de l'application des peines (SECTION 2).

## Section 1 – Le droit disciplinaire

**118.** Coercitive par essence et fortement réglementée par nécessité, la prison conduit insidieusement le détenu à commettre, un jour ou l'autre une faute à l'égard du règlement qui peut lui valoir une sanction disciplinaire. Le contentieux disciplinaire s'entend comme l'ensemble des litiges portant sur l'application des règles de discipline imposées aux détenus. Aujourd'hui, il n'est nullement question de remettre en cause son existence, elle est plus que nécessaire, elle est consubstantielle à la sécurité des personnes et à la préservation de l'ordre au sein de la prison. Pour s'en convaincre, il suffit de comparer avec les autres États

---

<sup>26</sup> Annuaire statistique de la justice. La Documentation française, Éd. 2006, pp.147-155 ; Les chiffres-clés de la justice. L'administration pénitentiaire (juillet 2003). La durée moyenne de détention ferme (en mois) passe respectivement de 109,3 à 117,1 pour les crimes, et de 6,8 à 7,3 pour les délits entre 2000 et 2002. Sur la même période, le montant moyen d'une amende passe de 964 à 1208 euros.

Disponible sur : [http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/1\\_ChiCleJuil2003.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_ChiCleJuil2003.pdf) [consulté le 08/07/2007]

<sup>27</sup> Entre juin 2002 et juin 2004, la population carcérale passe respectivement de 54 950 à 63 448 détenus, soit une augmentation de 15,4 % pour une capacité opérationnelle de 49 156 places soit une densité carcérale moyenne de 129 %. « *L'inflation carcérale se caractérise par un fort accroissement du nombre de détenus sans commune mesure avec l'accroissement de la population française totale. La surpopulation carcérale est une notion liée à l'inflation carcérale, mais qui ne la recouvre pas exactement : elle décrit l'inadéquation matérielle entre le nombre de détenus et le nombre de places dans les prisons* ». Cf. Travaux de Pierre **TOURNIER**. *La population carcérale. Dimension, structure et mouvements*. Études et données pénales n°46, Paris, CESDIP, 1984 ; *inflation carcérale et aménagement des peines*. La Documentation française, CESDIP, 1995.

Disponible sur : <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/964067100/0000.pdf> [consulté le 08/07/2007]

<sup>28</sup> Loi n° 2004-204 du 09 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

Disponible sur : <http://www.assemblee-nationale.fr/12/dossiers/criminalite.asp> [consulté le 08/07/2007]

européens<sup>29</sup>. Cependant, une évolution vers une prise en compte des droits de la défense apparaît à la fois juste et inéluctable. En raison des atteintes graves du droit disciplinaire sur les conditions de vie des détenus, il est légitime de s'interroger sur leur absence totale au sein du système pénitentiaire jusqu'au 1<sup>er</sup> novembre 2000<sup>30</sup> ?

**119.** L'exclusion des droits du domaine disciplinaire ne connaît pas une seule et unique explication. Le poids séculaire de la tradition d'une administration centralisée gérée, dirigée et contrôlée par ses propres agents constitue une première barrière institutionnelle à l'entrée des droits de la défense. Le monde carcéral s'apparente à un microcosme fonctionnant en autarcie avec très peu d'ouverture sur l'extérieur, et autorisant encore moins de regards extérieurs sur lui-même<sup>31</sup>.

Ensuite, pendant des siècles, les autorités pénitentiaires ont joui d'une entière liberté pour entretenir l'ordre et la sécurité au sein de leurs établissements. Ouvrir brusquement un système disciplinaire autosuffisant, fondé sur un arbitraire réglementaire traditionnel, entièrement étanche au droit commun, ne risque-t-il pas de rompre le fragile équilibre des forces et pouvoirs au sein de l'institution pénitentiaire ? Faut-il considérer l'instauration des droits de la défense dans la procédure disciplinaire comme une menace potentielle ?

Enfin, la prison connaît une nature juridique hybride au niveau judiciaire (droit privé/droit public) et juridictionnel (juge judiciaire/juge administratif). L'institution carcérale a profité de cette instabilité statutaire et de l'indécision judiciaire jusqu'à l'arrêt *Marie*, pour s'affranchir des procédures de droit commun. Aussi, ni la gravité de l'infraction, ni le statut initial de prisonnier ou l'engorgement des tribunaux, ne peuvent justifier une telle atteinte aux droits de la défense.

**120.** La position du droit pénitentiaire français méconnaissait gravement les principes généraux du droit processuel européens, les Droits de l'homme, et plus particulièrement, la notion de procès équitable<sup>32</sup>.

Comment justifier qu'une personne condamnée à la peine la plus contraignante, à savoir la mise en cellule disciplinaire<sup>33</sup> qui cumule la privation de la liberté d'aller et venir et l'isolement, ne puisse bénéficier de droits de la défense devant une juridiction judiciaire, alors que dans le même temps, un individu condamné à une simple peine d'amende devant un Tribunal de police bénéficie des nombreuses garanties d'une procédure équitable ?

Notre interrogation ne constitue pas seulement une pure question de principe, les statistiques prouvent qu'il s'agit de la situation la plus souvent admise au sein des Commissions de

---

<sup>29</sup> **DARBEDA**, Pierre. *L'action disciplinaire en détention : un panorama européen*. Rev. sc. crim. 1993, n°4, p.808.

<sup>30</sup> Date à laquelle la Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 entre en vigueur pour imposer à toutes les administrations le respect de règles procédurales fondamentales. Jusqu'alors, « il n'y a ni défense, ni contradictoire en prison ». **HERZOG-EVANS**, Martine. *Les droits de la défense et la prison*. RTDH 2001, n°45, p.15.

<sup>31</sup> À l'exception de la période 1999-2001, la prison n'a pas connu de mobilisation politique (faible intérêt électoral, sujet peu porteur) ou publique (désintérêt de l'opinion publique) d'importance.

<sup>32</sup> Cf. supra note de bas p. n°20.

<sup>33</sup> Nous traitons uniquement des placements en cellule d'isolement suite à une procédure disciplinaire. Nous excluons de notre recherche les placements à l'isolement par mesure de protection et de sécurité. V. Décret n°2006-337 du 01 juin 2006 et n°2006-338 du 21 mars 2006 relatif à l'isolement des détenus ; Circ. du 24 mai 2006, BOMJ n°102 relative au placement à l'isolement.

Disponible sur : [http://www.textes.justice.gouv.fr/art\\_pix/102-DAP-b.pdf](http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/102-DAP-b.pdf) [consulté le 08/07/2007]

discipline. D'après les chiffres de l'administration pénitentiaire<sup>34</sup>, en 2002, sur 39 325 décisions, 76.5 % des sanctions prononcées sont des peines de cellule disciplinaire avec ou sans sursis, soit la sanction la plus lourde, alors que seulement 27 % des fautes commises sont du premier degré. Aussi, nous partageons largement l'opinion selon laquelle « *dans les prétoires, l'importance des débats et de la motivation d'une peine est à peu près inversement proportionnelle aux enjeux et aux peines prononcées* »<sup>35</sup>.

**121.** Le revirement jurisprudentiel du Conseil d'État, le décret du 02 avril 1996 et la loi du 12 avril 2000 ont complètement bouleversé l'équilibre traditionnel de la procédure disciplinaire. Elle s'apparente désormais au processus judiciaire avec la succession des phases processuelles – poursuites, enquête, jugement – ou encore par l'information obligatoire du détenu sur les faits reprochés qui n'est pas sans rappeler la procédure de mise en examen lors du premier interrogatoire devant le juge d'instruction. Le déroulement du processus disciplinaire s'étalonne sur les phases du procès judiciaire, toutefois, il n'offre pas les mêmes garanties processuelles au détenu. Très largement insuffisants pendant la phase de mise en état du dossier (§1), les principes sont tout juste opérants au moment du jugement (§2) pour garantir des droits à la défense.

## **§ 1 – Une mise en état sans défense**

**122.** « *Les règles du procès équitable commandent qu'une sanction ne puisse être prononcée que sur la base de faits dûment et préalablement établis* »<sup>36</sup>. Pour ce faire, elles exigent un fondement juridique préalable et connu de tous, et un processus de recherche des preuves équitable dans l'établissement des faits. Bien que ces normes soient désormais, entièrement intégrées au système disciplinaire pénitentiaire, au cours des procédures de la mise en état, elles connaissent de nombreuses difficultés d'application dont il en résulte, des droits de la défense insuffisants, au moment des poursuites (A), et injustement absents, lors de l'instruction (B).

### **A – L'opportunité des poursuites**

**123.** Malgré des efforts incontestables de la part des autorités pénitentiaires en faveur du respect des droits de la défense sur le plan du droit positif, l'inexistence du principe du contradictoire (1) dans le respect du principe de légalité et dans le déclenchement de la procédure disciplinaire, ne permet pas de garantir une effectivité aux droits de la défense. De même, il nous faut relever une inégalité des armes patente (2) en défaveur de la défense qui la place dans une situation de net désavantage par rapport à l'administration pénitentiaire qui se manifeste par la non prise en considération de ses nombreuses déficiences sociales et

---

<sup>34</sup> Document de l'administration pénitentiaire intitulé : *Personne placées sous main de justice*. Situation au 1<sup>er</sup> janvier 2003, mouvements au cours de l'année 2002, Données nationales et régionales. Sous direction PMJ, cellule statistique, mai 2003.

<sup>35</sup> DANET, Jean. *La défense et le choix de la peine*. in *l'individualisation de la peine*. De Saleilles à aujourd'hui. (dir.) OTTENHOF, Reynald, Érés, 2001, p.245.

<sup>36</sup> PECHILLON, Éric., HERZOG-EVANS, Martine. *Le droit de l'exécution des peines, problème et enjeux d'une discipline juridique en formation*. Recherche réalisée dans le cadre « Mission de recherche Droit et Justice », Avril 2003, p.189.

éducatives, l'absence d'information – résultant du défaut de contradiction – et l'inefficacité des recours administratifs.

### 1) *Un principe du contradictoire inexistant*

**124.** Une défense efficace et conforme aux exigences européennes suppose que la personne détenue connaisse, où à défaut, possède un accès à l'information sur le régime disciplinaire applicable à l'établissement où elle est affectée.

Conformément aux prescriptions des Règles pénitentiaires européennes<sup>37</sup> et aux exigences constitutionnelles<sup>38</sup>, la France a établi une classification des infractions disciplinaires en fonction de leur degré de gravité<sup>39</sup>. En ce domaine, elle a suivi le modèle espagnol qui a été le premier État européen à se doter d'un principe de légalité aussi strict, en comparaison de législations plus souples, tel que la Suède, la Belgique, la Bulgarie ou les Pays-Bas<sup>40</sup>.

Le décret du 02 avril 1996 et sa circulaire d'application soumettent le droit disciplinaire au principe de la légalité. Connue par l'adage latin "*nullum crimen nulla poena sine lege*", il prescrit à tout acte constituant une infraction – en l'espèce une faute disciplinaire – d'être défini avec précision par un texte légal ainsi que les sanctions qui lui sont applicables. La protection des droits de l'individu est le principal but poursuivi par ce principe<sup>41</sup>.

Les détenus ne peuvent plus faire l'objet de poursuites disciplinaires sur des fautes subjectives, floues ou imprécises. L'exigence d'un fondement juridique à toutes infractions ou sanctions disciplinaires est désormais acquise. La connaissance du règlement intérieur par le détenu dépend de l'exercice du principe du contradictoire. Plus précisément, le droit d'être informé du règlement est une manifestation du principe de légalité qui est garanti par l'effectivité du principe du contradictoire.

<sup>37</sup> Recommandation R (87) 3 du Comité des Ministres aux États membres sur les Règles pénitentiaires européennes adoptée le 12 février 1987, notamment les articles 33 à 38 ; Recommandation R (2006) 2 du Comité des Ministres aux États membres sur les Règles pénitentiaires européennes adoptée le 11 janvier 2006, art. 30-1 ; Recommandation du Parlement européen adopté le 09 mars 2004 à l'intention du Conseil sur les droits des détenus dans l'Union européenne (2003/2188 (INI)) fondé sur le rapport du 24 février 2004 de la Commission des libertés et des droits des citoyens ; Rapport du Ministère de la Justice et de l'administration pénitentiaire sur les règles pénitentiaires européennes. 2006.

Disponible sur : <http://www.justice.gouv.fr/index.php?rubrique=10045&ssrubrique=10283> [consulté le 08/07/2007]

Disponible sur : <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?Command=com.instranet.CmdBlobGet&DocId=692766&SecMode=1&Admin=0&Usage=4&InstranetImage=44893> [consulté le 08/07/2007]

Disponible sur : <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=955547&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75> [consulté le 08/07/2007]

Disponible sur : <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A5-2004-0094&language=FR&mode=XML> [consulté le 08/07/2007]

<sup>38</sup> « Aux termes de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée. De plus, il en résulte la nécessité pour le législateur de définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire ». Cons. const. 19-20 janvier 1981, n°80-127 DC. Rec. p.15 ; RJC, I, p.91 ; JCP 1981, II, 19701, note C. Franck ; D. 1981, jurisp. p.101, note J. Pradel ; D.1982, jurisp. p.441, note A. Dekeuwer.

<sup>39</sup> Décret n°96-287 du 02 avril 1996 relatif au régime disciplinaire des détenus. Il recense 36 infractions au sein de trois articles successifs. L'article D.249-1 du Code de procédure pénale comptabilise 9 fautes du 1<sup>er</sup> échelon, l'article D.249-2 en compte 14 au 2<sup>nd</sup> degré et l'article D.249-3, 13 au 3<sup>e</sup> échelon.

<sup>40</sup> CERE, Jean-Paul. *Le contentieux disciplinaire dans les prisons françaises et le droit européen*. Coll. logiques juridiques, Éd. L'Harmattan, 1999, p.123.

<sup>41</sup> Cf. préambule Circ. du 02 avril 1996 relatif au régime disciplinaire des détenus, BOMJ n°62, p119 et s.

En outre, le principe de la légalité favorise l'ordre et le respect de la discipline. Il est difficile de respecter des directives et obligations liées à la discipline lorsque celle-ci reste inconnue ou méconnue des détenus. La sanction d'un acte illicite par une règle connue de tous, est moins empreinte d'inégalité, d'injustice et d'arbitraire que celle qui repose sur un texte obscur ou une appréciation subjective de la faute.

Cependant, il s'est posé la question du fragile équilibre entre le renforcement des droits de l'individu et la préservation de l'ordre disciplinaire. L'ouverture de la prison aux règles de droit et au principe de légalité, ne s'apparente-t-elle pas à une remise en cause du pouvoir disciplinaire du personnel pénitentier, avec pour corollaire, le risque de ne plus maintenir l'ordre précaire dans certains établissements, voire de déstabiliser toute l'institution ?

Nous ne partageons pas cette crainte, « *en vérité, que le respect de la légalité n'est pas antinomique du maintien de la paix intérieure des prisons. Le légalisme disciplinaire se concilie en toute harmonie avec le pouvoir coercitif ouvert aux autorités pénitentiaires. Il n'est pas de nature à tempérer leur champ d'action. Au contraire, par la nouvelle légitimité conférée désormais aux sanctions prononcées, il peut accroître leur autorité* »<sup>42</sup>.

Derrière l'enjeu immédiat de la préservation de l'ordre disciplinaire, nous pensons que le personnel pénitentiaire a surtout craint les risques d'annulation des procédures disciplinaires.

**125.** Le principe de légalité marque un progrès dans la protection des droits de l'individu, cependant, certains textes restent imprécis, illisibles, imprévisibles, voir inaccessibles.

Nous sommes conscients qu'une application stricte du principe de légalité dans le droit pénitentiaire, revient à prendre le risque de ne pas pouvoir sanctionner un acte répréhensible en raison de l'absence de textes prescrivant par avance l'infraction et la sanction applicable. Cet effet pervers du principe, accepté dans la société civile, est inacceptable et refusé par le personnel pénitentiaire. Le respect de son autorité et de son pouvoir, le maintien de l'ordre et de la discipline en dépendent. Mais l'atteinte nécessaire au principe de légalité pour l'incrimination générale et imprécise de l'article D.249-3-5° du Code de procédure pénale<sup>43</sup> n'est pas exclusive.

Des concepts de base du droit pénal restent indéfinis. Les infractions collectives, constitutives de faute du 1<sup>er</sup> degré, si elles sont « *de nature à compromettre la sécurité de l'établissement* », ainsi que celles du 2<sup>nd</sup> degré, si elles sont « *de nature à perturber l'ordre* », font appel à des "qualifications d'ordre général"<sup>44</sup> ou encore "de type ouvert". De plus, de « *très nombreuses dispositions renvoient au règlement intérieur ou aux textes dérivés* », créant ainsi « *une rupture d'égalité entre les établissements et une trop grande marge de manœuvre aux directions* »<sup>45</sup>. L'utilisation de ce procédé rédactionnel confine à rendre les textes illisibles et imprévisibles<sup>46</sup>.

---

<sup>42</sup> CERE, Jean-Paul. *Droit disciplinaire en prison*. Traité de Sciences Criminelles, Éd. L'Harmattan, 2001.

<sup>43</sup> À titre de comparaison, les autres États européens opèrent la même atteinte au principe. Le règlement des prisons en Grande-Bretagne, considère ainsi comme une infraction à la discipline « *le fait de désobéir à tout ordre légal* » § 47 (19) ou de commettre « *une offense contre le bon ordre et la discipline* » § 47 (21) ; en Espagne, c'est le fait de « *manquer aux devoirs et obligations incombant au détenu et [de] porter atteinte au bon fonctionnement de l'établissement* » art. 110 f du règlement du 08 mai 1981.

<sup>44</sup> COUV RAT, Pierre. *Le régime disciplinaire des détenus*. Rev. sc. crim. 1996, p.713.

<sup>45</sup> HERZOG-EVANS, Martine. *Le point de vue du pénaliste*. in Colloque du 25 septembre 1997 consacré à « *Un nouveau régime disciplinaire : une révolution en droit pénitentiaire ?* », polycopié ENAP, p.20.

<sup>46</sup> À titre d'exemple, le refus de se soumettre à une mesure de sécurité, se livrer à des échanges ou détenir des objets non autorisés des articles D. 249-2-6°, 8°, 9° C. pr. pén. ou encore de ne pas respecter certaines dispositions, article D. 249-3-5 C. pr. pén., font des renvois explicites au règlement intérieur. À noter que



Enfin, à ces critiques de fond, il s'ajoute une carence formelle qui porte fondamentalement atteinte aux droits de la défense : l'absence du principe du contradictoire.

Malgré des prescriptions légales indubitables<sup>47</sup>, en pratique, les détenus sont assujettis à un règlement intérieur auquel ils n'ont pas un libre accès pour en prendre connaissance. En 1993, 31 établissements pénitentiaires fonctionnaient encore sans règlement intérieur. D'autres n'étaient pas homologués par le Ministère de la Justice du fait de l'absence de date, de l'avis du JAP ou pour des raisons moins formelles, telles que l'imprécision et la généralité de ces derniers.

Aujourd'hui, la situation n'a guère évolué en faveur du détenu. Soit le règlement intérieur est obsolète – parce qu'il n'est pas à jours des dernières circulaires et jurisprudences –, soit il est en cours de refonte. Dans tous les cas, l'accès au texte est très difficile<sup>48</sup> pour les détenus, les avocats, les travailleurs sociaux, sinon impossible dans certains établissements pénitentiaires<sup>49</sup>. Certains surveillants reconnaissent même ne pas le connaître<sup>50</sup>.

Au surplus, il est important de souligner la place encore prépondérante réservée aux usages, même *contra legem*, au sein des normes pénitentiaires. À multiplier les normes applicables en prison, on parvient à une superposition de quatre ordres juridiques<sup>51</sup>.

En définitive, l'instauration du principe de légalité répond aux exigences constitutionnelles et européennes, et marque un progrès des droits de la défense, mais en apparence uniquement. Dans la réalité, les pratiques pénitentiaires ont peu évolué, faute d'un principe du contradictoire effectif.

l'article D. 249-3-5 C. pr. pén. cumule la généralité des termes et de l'incrimination avec un renvoi au règlement intérieur de l'établissement pénitentiaire.

<sup>47</sup> L'article D. 256 du Code de procédure pénale énonce explicitement que « *les dispositions du règlement intérieur de l'établissement pénitentiaire doivent être portées à la connaissance des détenus* ». L'obligation n'est plus seulement réglementaire, elle est à présent législative. L'article 2 de la Loi du 12 avril 2000 dispose que « *les autorités administratives sont tenues d'organiser un accès simple aux règles de droits qu'elles édictent. La mise à disposition et la diffusion des textes juridiques constituent une mission de service public au bon accomplissement de laquelle il appartient aux autorités de veiller* ».

<sup>48</sup> V. Rapport 2005 de l'Observatoire international des prisons sur les conditions de détention en France.

Disponible sur : [http://www.oip.org/thematiques/discipline/discipline\\_rapport\\_2005.html](http://www.oip.org/thematiques/discipline/discipline_rapport_2005.html) [consulté le 08/07/2007]

« *Le règlement intérieur est source d'une incertitude dans la connaissance de la norme applicable pour un triple motif. À raison de sa spécificité à chaque établissement qui entraîne des différences de règles entre les établissements, au point de gêner ceux qui, détenus ou surveillants, changent d'établissement et de provoquer une inégalité entre les détenus sur l'ensemble du territoire de la République. À raison de la densité de ses règles qui ne peut qu'engendrer des difficultés d'appréhension par des détenus dont le manque de culture constitue le handicap souvent énoncé. À raison, plus encore, de son absence de publication efficace qui permette à chaque détenu d'en connaître le contenu dans le détail. Cette incertitude constitue la caractéristique la plus apparente d'un droit déficient* ». Rapport de la Commission Canivet, juillet 1999 sur l'amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaires, p.62.

Disponible sur : <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/004001169/0000.htm> [consulté le 08/07/2007]

Dans son dernier rapport : *Étude sur les droits de l'homme dans la prison*, du 11 mars 2004, la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) parvient aux mêmes conclusions : « *L'expérience des visites a montré que bien souvent ce règlement intérieur est tout à fait inutilisable. Quasiment toujours obsolète, et toujours annoncé comme étant en cours de refonte, le règlement n'a donc pas l'incontestabilité qu'il devrait avoir* » p.49.

Disponible sur : <http://www.commission-droits-homme.fr/travauxCncdh/droitsprison.html> [consulté le 08/07/2007]

<sup>49</sup> **KAMENNOFF**, Amélie. *Les droits de la défense au prétoire de discipline*. Mémoire de DEA Droit privé mention sciences judiciaires et criminelles, 2002, p.31.

<sup>50</sup> « *Certains surveillants ne connaissent pas le règlement intérieur d'autant plus que le règlement intérieur de l'établissement n'est pas toujours disponible : « il y en a un je pense dans chaque établissement, mais personnellement je ne l'ai jamais lu »* ». **BOURGOIN**, Nicolas. **GALINDO**, Carole. *La règle et son application : la punition en prison*. Rev. sc. crim. 2004, p.326.

<sup>51</sup> « *La loi "détenu-détenu", la loi "surveillant-surveillé", et, dans une moindre mesure, la loi étatique et la loi internationale* ». in **PLOUVIER**, Éric. *Les fauves, le mitard et l'avocat*. Justices, Avril 1997, p.11.

**126.** Les craintes traditionnelles de l'administration pénitentiaire<sup>52</sup> ne constituent pas un fondement suffisant à l'absence du principe du contradictoire. Elles sont à la fois incomplètes et trop générales pour justifier sa carence.

À notre sens, l'administration pénitentiaire retient une perception plus concrète du problème. Elle considère davantage la communication du règlement intérieur comme une possibilité supplémentaire offerte aux détenus et à leurs avocats de soulever des nullités de fond et de forme, qu'une atteinte abstraite et générale à leur autorité. Pour elle, l'exercice du principe du contradictoire, revient à prendre le risque de voir une procédure disciplinaire annulée. Si un tel risque existe, il a au moins le mérite d'améliorer les textes et de respecter les principes fondamentaux. Chaque annulation est l'occasion de retravailler et d'améliorer le règlement intérieur sous forme d'amendements successifs. Outre le respect des nombreuses normes européennes et nationales prescrivant son exercice, les décisions disciplinaires gagnent en légitimité, auprès des principaux intéressés et des plus hautes autorités.

De plus, la crainte pragmatique du risque d'annulation reste assez théorique. Pour s'en convaincre, un argument permet d'emporter la conviction : l'administration pénitentiaire est seule maître de la procédure<sup>53</sup>. Elle dispose d'un statut contraire à la notion de procès équitable, elle est à la fois juge et partie. En annulant une procédure, elle se désavoue elle-même, elle reconnaît avoir commis une erreur en amont du processus, au moment de la rédaction du règlement intérieur. Cette simple remarque suffit, dans la réalité pénitentiaire, à considérablement limiter l'impact de l'exercice du principe du contradictoire.

**127.** En ce qui concerne la procédure disciplinaire, elle débute avec le constat ou l'information de la violation d'une règle de discipline dans un compte rendu rédigé par un surveillant. Ce dernier informe oralement le détenu, qu'il fait l'objet d'une poursuite disciplinaire sans en préciser le contenu<sup>54</sup>. Il est assez déconcertant de constater la passivité avec laquelle le principal intéressé doit composer. Le détenu n'est ni entendu sur les faits reprochés, ni informé sur le contenu de la procédure. À partir du moment où il est informé de la rédaction d'un rapport d'incident, la procédure l'exclut totalement – à l'exception de son témoignage oral – jusqu'à l'audience. C'est une phase purement administrative, secrète et non contradictoire.

**128.** À l'image de notre procédure pénale, le déclenchement des procédures disciplinaires repose sur le principe de l'opportunité des poursuites. L'administration pénitentiaire, tel un ministère public "bis", peut poursuivre ou classer l'affaire à sa convenance. Elle peut également régler les conflits de façon informelle comme dans le système pénal traditionnel avec les procédures alternatives aux poursuites. En marge de l'action disciplinaire, il existe un espace de négociation informelle directement en prise avec les besoins et les enjeux du microcosme carcéral<sup>55</sup>. Il serait utopique d'étudier la procédure en dehors de son contexte naturel, à savoir, les contraintes inhérentes à la vie carcérale. *A priori*, la population carcérale se constitue d'éléments peu enclins au respect des règles. L'exigüité

---

<sup>52</sup> Nous pensons à la peur séculaire de perte d'autorité, de pouvoir disciplinaire du surveillant et des risques incidents sur la préservation de la sécurité des personnes et du personnel, de l'ordre et de la discipline.

<sup>53</sup> En théorie, depuis l'arrêt Marie, il existe une possibilité de recours juridictionnel contre les décisions disciplinaires, toutefois, en pratique, les statistiques démontrent majoritairement le contraire. En 1997, sur les 35611 sanctions prononcées par les commissions de discipline, on compte 61 recours ; en 2001, on en dénombre 98 pour 34 051 sanctions. in *Activité de l'administration pénitentiaire en 2001*.

<sup>54</sup> Art. D. 250-1 C. pr. pén. ; Circ. 2 avril 1996, § 5.2.2.

<sup>55</sup> **CERE**, Jean-Paul. *Le contentieux disciplinaire dans les prisons françaises et le droit européen*. Coll. logiques juridiques, Éd. L'Harmattan, 1999, pp.161-165.

des locaux favorise l'exacerbation des comportements. La confrontation d'une population en marge de la société<sup>56</sup> avec un quotidien carcéral très structuré et réglementé par une kyrielle de normes<sup>57</sup>, appliquées de façon autoritaire, il en résulte forcément de nombreux incidents plus ou moins bénins. Et à chaque situation conflictuelle correspond une méthode de résolution des conflits qui ne se traduit pas nécessairement par une convocation devant la commission de discipline.

L'indigence en personnel et en matériel<sup>58</sup> est suffisamment prégnante dans cette administration pour se convaincre qu'une telle politique bloquerait la machine disciplinaire compte tenu de la multiplication des audiences de la commission de discipline<sup>59</sup> et du nombre de places limité en cellule d'isolement et en quartier disciplinaire<sup>60</sup>. Par conséquent, tout manquement à la discipline n'engendre pas systématiquement une sanction disciplinaire.

Le personnel pénitentiaire s'octroie une marge de manœuvre vis-à-vis de la rédaction d'un compte rendu d'incident. Dans la pratique, « *les surveillants jouent avec les règles officielles, les interprètent, les violent et inventent leurs propres règles* <sup>61</sup> ». Concrètement, il s'instaure entre le détenu et le surveillant une négociation implicite au cours de laquelle la saisine de la commission fait office de sanction en sursis au même titre qu'une punition de cellule ou une information auprès du magistrat instructeur, tant que le détenu ne réitère pas les faits ou se conforme à la norme. « *La souplesse du maniement du compte rendu d'incident est un des moyens pour eux de consolider leur marge de manœuvre et leur crédit auprès des détenus et donc de s'assurer de leur coopération* <sup>62</sup> », ou une autre façon de préserver la paix carcérale. Au terme d'un rapport de recherche remis au ministère de la Justice en juin 2005, il apparaît que « *cette priorité de maintenir l'ordre en détention s'avère contradictoire avec une gestion équitable des incidents. Ces différences de traitement sont largement perceptibles par*

---

<sup>56</sup> Les tests d'entrée en Maison d'arrêt révèlent que 56 % sont sans diplôme, 81 % ne dépassent pas le niveau CAP, 42 % sont issus de filières courtes ou sont en échec scolaire, 19 % sont en situation d'illettrisme. **CLIGMAN**, Olivia., **GRATIOT**, Laurence., **HANETEAU**, Jean-Christophe. *Le droit en prison*. Coll. États de droits, Éd. Dalloz, 2001, p.272.

<sup>57</sup> Pour s'en convaincre, il suffit de consulter la base de données du Ministère de la Justice concernant les textes applicables, on dénombre pas moins de 327 occurrences en ce qui concerne la procédure disciplinaire des détenus, 101 pour l'accès au dossier et 21 pour le terme avocat.

<sup>58</sup> Au 1<sup>er</sup> juillet 2007, l'administration pénitentiaire compte 23 500 personnels de surveillance pour 61 810 personnes détenues soit en moyenne 52 personnels de surveillance et 4 conseillers d'insertion pour 100 détenus, soit un ratio de 2,6.

« *En 1996, le ratio était de 2,3 détenus par surveillant en Angleterre, 1,7 aux Pays-Bas et 1,3 au Danemark* ». in Rapport du Sénat n°449 par J-J. Hyst et G-P. Cabanel du 29 juin 2000, sur les conditions de détention dans les établissements pénitentiaires en France. *Prisons : une humiliation pour la République*.

Avec 61 810 personnes détenues pour 50 557 places opérationnelles, le taux moyen de surpopulation carcérale atteint les 122 %. in Les chiffres clés de l'administration pénitentiaire en 2006, p.13 ; Statistiques mensuelles de la population écrouée et détenue en France au 1<sup>er</sup> juillet 2007.

Disponible sur : [http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/1\\_chiffrescles2006.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_chiffrescles2006.pdf) [consulté le 08/07/2007]

Disponible sur : [http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/mensuelle\\_juillet07.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/mensuelle_juillet07.pdf) [consulté le 08/07/2007]

<sup>59</sup> À titre d'exemple, à la maison d'arrêt de Nantes qui compte en moyenne 350 à 400 détenus, une commission de discipline est programmée toutes les semaines pour une moyenne de 4 à 6 détenus. Il faut y ajouter les commissions d'urgence qui se réunissent également plusieurs fois par semaines.

<sup>60</sup> En 2003, on comptabilisait 877 places en quartier d'isolement et 1078 cellules disciplinaires sur l'ensemble du parc pénitentiaire (30 111 placements en cellule disciplinaire et 2 494 détenus au quartier d'isolement dont 814 placés à leur demande).

<sup>61</sup> **CHAUVENET**, Antoinette., **ORLIC**, Françoise., **BENIGUI**, Georges. *Les surveillants et la règle*. Déviances et société, 1994, Vol 18, n°3 p.286.

<sup>62</sup> *Ibid. idem*. p.109.

*l'ensemble des personnels comme des détenus. Et elles sont à leur tour sources de tensions, voire de violences, ou au minimum d'incertitudes du point de vue de la confiance placée »<sup>63</sup>.*

Nous pouvons que regretter l'absence de données statistiques sur ce phénomène du "compte rendu blanc", elles permettraient sûrement de démontrer que la résolution des conflits en prison passe davantage par une négociation pacifiée que par une sanction imposée.

Dans le déclenchement de la procédure disciplinaire comme dans le respect du principe de légalité, les droits de la défense sont respectés exclusivement en apparence. L'absence du principe du contradictoire ne permet pas d'en garantir effectivement l'application. En outre, cette carence contribue à placer la défense dans une situation de net désavantage par rapport à l'autorité administrative.

## 2) Une inégalité des armes manifeste

**129.** Les droits de la défense ne sont pas également garantis sous l'angle du principe de l'égalité des armes. L'absence d'information ne favorise pas la défense d'autant plus qu'elle connaît des difficultés sociales et éducatives, et lorsqu'elle entend se défendre, les voies de recours se révèlent inefficaces et ses interventions impensées au sein de la procédure disciplinaire.

Les carences et les insuffisances d'informations de l'administration pénitentiaire sur les normes applicables en prison heurtent également le principe de l'égalité des armes. Face à l'institution disciplinaire qui contrôle, maîtrise et réforme à volonté l'ensemble du processus normatif en prison, le détenu est placé dans une situation particulièrement vulnérable. Il n'a aucun pouvoir, ni une quelconque influence ou droit – consultatif – sur l'activité normative. Notre droit positif<sup>64</sup> prescrit bien un droit d'information au profit des prisonniers et une obligation de renseignement à valeur constitutionnelle à la charge de l'institution carcérale, mais en pratique, cette dernière n'est pas respectée, faute d'être suffisamment contraignante.

De surcroît, la liberté d'action laissée à l'administration pénitentiaire à travers la généralité des termes employés pour qualifier une faute disciplinaire dans les textes réglementaires, les règlements intérieurs sont censés les circonscrire précisément dans le but de respecter le principe de légalité. Or, dans une large majorité, ils ne font preuve ni de précision, ni de concision<sup>65</sup>. Le plus inquiétant étant que ses poursuites violant manifestement le principe de légalité soient validées *a posteriori* par le juge administratif<sup>66</sup>. Certains praticiens ne manqueront pas d'objecter pour se justifier qu'ils utilisent une double base juridique<sup>67</sup> pour

---

<sup>63</sup> CHAUVENET, Antoine., MONCEAU, Madeleine., ORLIC, Françoise. et al. *La violence carcérale en question*. CNRS-EHESS, GIP, Rapport dans le cadre Mission de recherche « Droit et Justice », juin 2005.

<sup>64</sup> Cf. supra note bas de page n°47.

<sup>65</sup> Rapport de la Commission Canivet, juillet 1999 sur l'amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaires, p.62 ; Rapport de la Commission nationale consultative des droits de l'homme du 11 mars 2004. *Étude sur les droits de l'homme dans la prison*. p.49 : « le règlement intérieur est source d'une incertitude dans la connaissance de la règle au point de provoquer une inégalité entre les détenus sur l'ensemble du territoire de la République ».

Disponible sur : <http://www.commission-droits-homme.fr/binInfoGeneFr/affichageDepeche.cfm?iIdDepeche=118> [consulté le 08/07/2007]

<sup>66</sup> Pour corriger les défauts de précision des qualifications disciplinaires, les juges administratifs admettent l'interprétation par analogie des textes. TA Châlons-en-Champagne du 12 mars 2002, Aff. *Salles*, req. n°00-2111, inédit. in HERZOG-EVANS, Martine., CERE, Jean-Paul., PECHILLON, Éric. *Actualité du droit de l'exécution des peines*. D. 2003, p.919.

<sup>67</sup> Soit un article du Code de procédure pénale et un article du règlement intérieur.

motiver les rapports d'incident, comme le conseillent les notes internes. Seulement, l'imprécision du premier article renvoie sur les généralités du second.

Nonobstant ces éléments, l'atteinte au principe de l'égalité des armes s'intensifie avec la non diffusion des règles carcérales. L'administration pénitentiaire oppose des normes aux détenus auxquelles ils ont difficilement accès et connaissance. Le livret remis à chaque entrant en détention ou l'affichage dans les couloirs, ne livrent que des extraits du règlement intérieur, souvent obsolètes. En outre, cette communication officielle, exclusivement écrite, ne tient absolument pas compte des recommandations européennes<sup>68</sup> à l'égard des individus particulièrement vulnérables en détention, telles que les 20 % de personnes illettrées<sup>69</sup> ou les 20,5 % de personnes d'origine étrangère<sup>70</sup>. L'inégalité des armes pour le détenu, en général, à l'égard de la réglementation interne de l'établissement pénitentiaire, s'accroît significativement vis-à-vis de cette tranche de la population carcérale, particulièrement fragile<sup>71</sup>. L'initiative de l'Observatoire international des prisons dans le développement d'ouvrages de vulgarisation comme « *le guide du prisonnier*<sup>72</sup> » est à encourager, mais reste malgré tout insuffisant, dès lors que le détenu comparait devant une commission de discipline.

**130.** L'inégalité des armes se fonde également au niveau des possibilités de recours. Face à l'inertie opposée par l'administration pénitentiaire dans la diffusion des normes carcérales, les détenus et leurs avocats doivent affronter pas moins de trois procédures distinctes et successives, avant de présenter une requête en communication de documents devant le juge administratif. Ainsi, ils doivent, au préalable, faire une demande en ce sens

---

<sup>68</sup> Recommandation R (89) 12 du Comité des ministres aux États membres sur l'éducation en prison adopté le 13 octobre 1989, notamment le § 8 ; Le Rapport de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur la situation des prisons et des maisons d'arrêt en Europe, du 19 février 2004, A5-0094/2004, précise que dans onze États, les étrangers constituent plus d'un quart du nombre total des détenus : Lituanie (63,9 %), Grèce (45,9 %), Chypre (42,9 %) Belgique (40,9 %), Estonie (35,8 %), Luxembourg (35 %), Autriche (33 %), Italie (30,1 %), Allemagne (29,9 %), Pays-Bas (29,1 %), Espagne (25,4 %).

Disponible sur : <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?Command=com.instranet.CmdBlobGet&DocId=656284&SecMode=1&Admin=0&Usage=4&InstranetImage=44031> [consulté le 08/07/2007]

Disponible sur : <http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/WorkingDocs/Doc04/FDOC10097.htm> [consulté le 08/07/2007]

<sup>69</sup> CLIGMAN, Olivia., GRATIOT, Laurence., HANETEAU, Jean-Christophe. *Le droit en prison*. Coll. États de droits, Éd. Dalloz, 2001, p.272 ; Selon l'OIP, « sur les 45 659 personnes qui ont bénéficié d'un test en 2004 (taux de repérage de 54 %), 29 % ont échoué au « bilan lecture » : 15 % étaient en situation d'illettrisme et 14 % en difficulté de lecture. Dans ces conditions, la prise en charge de l'illettrisme reste largement insuffisante puisqu'elle a concerné 5 887 détenus en 2003 (16,9 % des effectifs scolarisés) et 6 566 en 2004 (17 %) ». in Rapport 2005 de l'Observatoire international des prisons sur les conditions de détention en France.

Disponible sur : [http://www.oip.org/thematiques/formation\\_generale\\_et\\_activites\\_socioculturelles/formation\\_generale\\_et\\_activites\\_socioculturelles\\_rapport\\_2005.html](http://www.oip.org/thematiques/formation_generale_et_activites_socioculturelles/formation_generale_et_activites_socioculturelles_rapport_2005.html) [consulté le 08/07/2007]

Disponible sur : [http://www.prison.eu.org/article.php3?id\\_article=4791](http://www.prison.eu.org/article.php3?id_article=4791) [consulté le 08/07/2007]

<sup>70</sup> Les chiffres clés de l'administration pénitentiaire au 01 janvier 2006, p.7.

Disponible sur : [http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/1\\_chiffrescles2006.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_chiffrescles2006.pdf) [consulté le 08/07/2007]

<sup>71</sup> Les autorités judiciaires et pénitentiaires ont parfaitement conscience de cette difficulté puisqu'elles précisent dans un rapport de 2006, que « les documents mis à disposition des détenus dans les établissements pénitentiaires ne sont pas toujours traduits dans une langue que chacun peut comprendre. De la même manière, le recours aux interprètes n'est pas systématique ». Rapport du Ministère de la Justice et de l'administration pénitentiaire sur les règles pénitentiaires européennes. 2006, p.99. V. PONCELA, Pierrette *L'harmonisation des normes pénitentiaires européennes*. Rev. sc. crim. 2007, p.126.

Disponible sur : <http://www.justice.gouv.fr/index.php?rubrique=10045&ssrubrique=10283> [consulté le 08/07/2007]

<sup>72</sup> L'Observatoire international des prisons. *Le guide du prisonnier*. Éd. de l'atelier, 2005.

Disponible sur : [http://www.prison.eu.org/rubrique.php3?id\\_rubrique=35](http://www.prison.eu.org/rubrique.php3?id_rubrique=35) [consulté le 08/07/2007]

auprès de l'administration pénitentiaire<sup>73</sup> – recours gracieux – afin de pouvoir saisir la Commission d'accès aux documents administratifs<sup>74</sup>, préalable obligatoire avant tout recours contentieux. Il est inutile de décrire de façon exhaustive les différentes procédures pour comprendre que la voie de recours proposée est complexe, longue et surtout incompatible avec la durée de détention<sup>75</sup>. Elle requiert de nombreuses démarches juridiques auprès des différentes autorités, elle exige des délais de traitement administratif, auxquels, il faut ajouter les durées légales de recours. Finalement, les prescriptions formelles obligatoires pour effectuer un recours apparaissent disproportionnées – d'autant plus que le demandeur est incarcéré – par rapport à la simple exécution d'une obligation de l'institution pénitentiaire. En outre, la jurisprudence administrative n'est pas favorable aux droits de la défense. En effet, si elle reconnaît que « nul n'est censé ignorer le règlement intérieur », cela ne l'empêche nullement de conclure que « la circonstance que le règlement n'ait pas été porté à la connaissance personnelle du détenu est sans incidence<sup>76</sup> » sur la légalité de la sanction prononcée à son encontre. La logique juridique du syllogisme n'est absolument pas respectée. Il est alors permis de s'interroger sur le point de savoir si le juge administratif est encore le gardien des libertés individuelles lorsqu'il ne tire pas toutes les conclusions de l'inexécution d'une obligation d'information à la charge de l'administration pénitentiaire ?

**131.** Le principe d'opportunité des poursuites n'est pas contraire au principe de l'égalité des armes. Lorsque des faits répréhensibles, constitutifs d'une faute disciplinaire, sont commis, il est parfaitement légitime pour l'institution pénitentiaire, d'engager des poursuites afin de sanctionner leur auteur.

Le maintien de l'ordre public et de la discipline ou la préservation de la sécurité des personnes et des biens, sont des motifs qui justifient ce pouvoir d'intervention. Dans l'absolu, le pouvoir de poursuite ne précipite pas la défense dans une situation de net désavantage. Seulement, en l'espèce, la procédure qui conduit à la prise de décision exclut totalement la défense de toute initiative. En règle générale, le surveillant constate une infraction disciplinaire dans un compte rendu qu'il transmet aussitôt à son supérieur qui l'enrichit d'éléments plus circonstanciés et de son avis et de ses observations concernant les faits. Puis, la procédure remonte la chaîne hiérarchique jusqu'au chef d'établissement qui décide de l'opportunité des poursuites.

S'il entend ne pas poursuivre plus avant la procédure, il classe néanmoins le compte rendu dans le dossier personnel du détenu. La procédure est juridiquement éteinte, mais l'autorité pénitentiaire se réserve le droit de s'y référer ultérieurement comme à l'occasion d'une nouvelle affaire. À aucun moment dans la procédure, il n'est laissé à la défense une possibilité

---

<sup>73</sup> CAA Marseille du 28 décembre 2000, Aff. *Pin*, req. n°98MA00072 ; TA Cergy-Pontoise du 3 avril 2001, Aff. *Bréat*, req. n°9936439.

<sup>74</sup> Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations avec l'administration et le public, spécialement les articles 5 et 5-1 ; Décret n°88-465 du 28 avril 1988 relatif à la procédure d'accès aux documents administratifs. Après un refus exprès ou tacite, l'intéressé dispose d'un délai de deux mois à compter de la notification du refus ou de l'expiration du délai d'un mois pour saisir la CADA. La commission notifie, dans un délai d'un mois à compter de sa saisine, son avis à l'autorité compétente qui informe la commission, dans le mois qui suit la réception de cet avis, de la suite qu'elle entend donner à la demande. Un silence pendant deux mois équivaut à une décision de refus. **HERZOG-EVANS**, Martine., **CERE**, Jean-Paul., **PECHILLON**, Éric. *Actualité du droit de l'exécution des peines*. Dalloz 2002, p.110 et D. 2004, p.1096.

<sup>75</sup> La durée moyenne de détention en 2005 était de 8,3 mois. Outre le temps de détention, il faut prendre en considération les nombreux transferts possibles entre établissement pénitentiaire pour des raisons administratives, sanitaires, disciplinaires ou d'opportunités. Les chiffres clés de l'administration pénitentiaire au 01 janvier 2006, p.6.

<sup>76</sup> TA Montpellier du 25 octobre 2000, Aff. *Boutin*, req. n°972121. in **HERZOG-EVANS**, Martine., **CERE**, Jean-Paul., **PECHILLON**, Éric. *Actualité du droit de l'exécution des peines*. D. 2002, p.110.

d'intervenir pour reconnaître ou pour contester les faits. Ainsi, non seulement, elle n'a pas connaissance du dossier au fond, mais au surplus, il peut resurgir de façon incidente dans toute autre procédure pénitentiaire<sup>77</sup>, sans que la défense puisse, justement se défendre.

En définitive, dans cette première partie de la mise en état de la procédure disciplinaire, si l'on peut constater quelques progrès des droits de la défense, l'examen de ses développements sous l'angle des principes du contradictoire et de l'égalité des armes nous révèlent qu'ils sont purement formels, et que dans la pratique, les atteintes aux principes ne permettent pas de garantir des droits efficaces.

## **B – La phase d'instruction**

**132.** Un auteur considère que « *la procédure disciplinaire se démarque par une nette rupture de l'égalité des armes entre l'accusation et la partie poursuivie* »<sup>78</sup>. Notre examen des droits de la défense dans la phase d'instruction confirme cet avis : non seulement le principe de l'égalité des armes est ignoré (2), mais celui du contradictoire est défaillant (1). S'il entend poursuivre, il peut ordonner une mesure d'enquête complémentaire<sup>79</sup> qui ne laisse pas plus de place à la défense.

### *1) Un principe du contradictoire défaillant*

**133.** Le principe du contradictoire est défaillant durant la phase d'investigation. Et de manière générale, c'est toute la défense – détenu et avocat – qui fait défaut. Les mesures d'enquête sont à la fois initiées et réalisées par le personnel pénitentiaire. Elles se limitent à consigner dans un rapport « *tout élément d'information utile sur les circonstances des faits reprochés au détenu et sur la personnalité de celui-ci* »<sup>80</sup>, à savoir d'une part, tous les éléments de personnalité et les antécédents disciplinaires le concernant, et d'autre part, toutes les déclarations des protagonistes de l'affaire (détenu, surveillant et éventuel témoin). Durant l'enquête, le surveillant interroge succinctement et consigne oralement les explications de l'auteur présumé des faits<sup>81</sup>. Cette audition est le seul et unique instant au cours de l'instruction où la défense est sollicitée, hors la présence de l'avocat.

Le reste des investigations sont conduites à l'insu du détenu, en parfaite contradiction avec l'article 6 § 3 a) de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>82</sup>. En matière probatoire, le contradictoire ne consent pas uniquement à faire entendre la voix de la défense, il autorise un autre éclairage des faits, pas plus objectif que celui de la partie poursuivante, mais, c'est à partir de cette pluralité d'appréciation du réel, d'origine partisane, que l'on s'approche de la

---

<sup>77</sup> Nous pensons notamment à la commission d'application des peines, à la commission disciplinaire ou au cours d'un entretien formel ou non avec le juge d'instruction ou le JAP.

<sup>78</sup> CERE, Jean-Paul. *Droit disciplinaire en prison*. Traité de Sciences Criminelles, Éd. L'Harmattan, 2001, p.79.

<sup>79</sup> Art. D. 250-1 *in fine* C. pr. pén.

<sup>80</sup> Art. D. 250-1 C. pr. pén. ; § 5.2-5.3 Circ. du 02 avril 1996, BOMJ n°62, p.120.

<sup>81</sup> Le détenu peut rendre des explications écrites selon la circulaire du 02 avril 1996, § 5.3.3, encore faut-il qu'il soit informé de cette possibilité. Le défaut d'information et les conditions de détention favorisent quasi exclusivement des explications orales.

<sup>82</sup> VERGES, Etienne. *La Cour européenne des droits de l'homme et la discipline pénitentiaire*. Dr. pénal, juin 2004, p.9.

vérité. Malgré les nombreuses réformes du droit pénitentiaire<sup>83</sup>, afin de le rapprocher du droit processuel, la phase d'enquête et d'instruction reste secrète et non contradictoire. « *Il est essentiel de remarquer que la procédure disciplinaire ne demeure qu'un simulacre de procès pénal ; tout juste constitue-t-elle une codification du droit existant*<sup>84</sup> ». Ni le détenu, ni son défenseur ne peuvent avoir accès aux mesures d'investigation. Dans la pratique, toute discussion sur la matérialité des faits est extrêmement délicate à conduire puisque le détenu dispose d'aucun moyen juridique pour solliciter des investigations ou critiquer les preuves apportées<sup>85</sup>. Ils ne sont informés ni de l'évolution, ni des conclusions de l'enquête jusqu'à la notification de renvoi devant la commission de discipline.

**134.** Le droit pénitentiaire connaît pour leitmotiv une hiérarchie des normes inversée légitimement critiquée<sup>86</sup>. En effet, nous nous devons de constater, et de regretter une hiérarchie des valeurs à protéger, inversée. Il est assez symptomatique de constater que lors d'incidents bénins, une discussion naturelle, une négociation informelle, un échange d'information s'instaure entre les parties, alors que dans les indisciplines, qualifiées de graves, le formalisme opaque et secret de la procédure disciplinaire s'impose. Les principes généraux du droit constitutionnel et conventionnel reconnaissent aux droits de la défense, une intensité proportionnelle à l'atteinte, au degré de suspicion. Dans la Convention européenne des droits de l'homme, la série de standards *minima* destinée à encadrer le procès, tisse autour de la personne, un véritable "*filet protecteur*". À l'examen des mailles, la doctrine<sup>87</sup> relève qu'elles sont de plus en plus serrées au fur et à mesure que l'individu voit sa qualité d'homme ordinaire s'estomper derrière celle de défendeur au procès pénal. Cette observation particulière sur le droit européen conventionnel s'applique également dans le droit interne des pays signataires<sup>88</sup> et dans notre système pénal national<sup>89</sup>. Or, en l'espèce, une hiérarchie des valeurs à protéger, inversée est observée. Il est pour le moins paradoxal, que les fautes légères qui ne font pas l'objet d'une procédure disciplinaire, soient davantage encadrées par le principe du contradictoire que les infractions disciplinaires poursuivies. Les praticiens ne manqueront pas d'argumenter en faveur des contraintes carcérales pour tenter d'expliquer, voir de justifier le phénomène<sup>90</sup>, mais ces arguments nous semblent exogènes. Le poids séculaire de la tradition et les craintes institutionnelles, sont plus prégnants. En l'espèce, ce n'est pas tant la qualité de la justice que la certitude de la sanction – afin de maintenir l'ordre et la discipline – qui est recherchée. L'exercice du contradictoire est appréhendé comme une

---

<sup>83</sup> Notamment, le Décret du 2 avril 1996 et la Loi du 12 avril 2000.

<sup>84</sup> CERE, Jean-Paul. *Le contentieux disciplinaire dans les prisons françaises et le droit européen*. Coll. logiques juridiques, Éd. L'Harmattan, 1999, p.158.

<sup>85</sup> PROUVEZ, Jean-Bernard. *L'avocat au prétoire : une réforme incidente et toujours inachevée du régime disciplinaire des détenus*. Procédures, Mars 2001, p.5.

<sup>86</sup> PECHILLON, Éric., HERZOG-EVANS, Martine. *Droit pénitentiaire : la réécriture de la loi par voie de circulaire* (1<sup>ère</sup> partie). PA du 20 mars 2001, n°56, p.8.

<sup>87</sup> KOERING-JOULIN, Renée. *La phase préparatoire du procès pénal : grandes lignes de la jurisprudence européenne*. in *Procès pénal et droits de l'homme. Vers une conscience européenne*. (dir.) DELMAS-MARTY, Mireille. Coll. Les voies du droit, Éd. PUF, 1992, p.47.

<sup>88</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. *Procédures pénales d'Europe*. Coll. Thémis, Éd. PUF, 1996.

<sup>89</sup> Derrière ce lien indéfectible où la force de l'accusation est contrebalancée par l'intensité des droits de la défense, on entend protéger la présomption d'innocence et surtout, une certaine idée de la justice qui tend vers l'équité, la dignité, l'équilibre et la juste sanction.

<sup>90</sup> Effectivement, la souplesse, le caractère informel et généralement préventif de la résolution des conflits or commission, constitue un outil pragmatique performant au visa du nombre d'incidents. À l'opposé, la procédure disciplinaire nécessite la mobilisation de moyens et de personnels supplémentaires. En l'état actuel, si elle occasionne déjà des contraintes plus lourdes à rassembler, y ajouter des droits de la défense, contribueraient à l'alourdir.



menace, un risque d'ineffectivité de la sanction. Tant qu'il sera perçu par l'administration pénitentiaire comme une mesure de défiance à l'égard de leur autorité, et non comme un procédé judiciaire approchant la vérité, et garant de l'équité, il ne sera pas à même de se développer suffisamment pour garantir l'effectivité des droits de la défense.

## 2) *Un principe de l'égalité des armes ignoré*

**135.** L'absence de la défense et l'insuffisance des moyens d'investigation dans l'établissement des faits portent atteinte au principe de l'égalité des armes. En effet, le prévenu ne possède aucun moyen d'action pour participer aux investigations effectuées à son encontre<sup>91</sup>.

Après réception du compte rendu d'incident, si le chef d'établissement estime que les faits portés à sa connaissance sont susceptibles de donner lieu à des poursuites, il désigne un chef de service ou un supérieur pour mener l'enquête<sup>92</sup>. Le droit de solliciter des actes d'instruction<sup>93</sup> – comme une demande de témoignage ou d'expertise psychiatrique – n'est pas ouvert au prévenu. Il ne possède aucun droit pour expliquer son comportement ou prouver son innocence. Le législateur et le pouvoir réglementaire place la défense dans une situation particulièrement défavorable<sup>94</sup>, même si la charge de la preuve appartient à l'administration pénitentiaire<sup>95</sup>. Pendant de nombreuses années, l'établissement matériel et juridique des faits est resté général et approximatif. Avec l'arrivée de l'avocat en prison<sup>96</sup>, les tribunaux administratifs<sup>97</sup> ont commencé à prononcer des annulations de procédure. Le ministère de la justice a immédiatement réagi au moyen de circulaire<sup>98</sup> et l'institution pénitentiaire entend

<sup>91</sup> **PROUVEZ**, Jean-Bernard. op. cit. p.4.

<sup>92</sup> En apparence, cette procédure fait disparaître le double rôle de témoin et d'accusateur tenu par le surveillant avant la réforme de 1996. Elle permet également d'être plus conforme aux règles de Strasbourg et des autres pays européens (Allemagne, Pologne, Grèce, Espagne...) in **CERE**, Jean-Paul. op. cit. p.159. En pratique, *l'esprit de corps* comble les interstices hiérarchiques discordants (désavouer un subordonné, c'est prendre le risque d'une perte de contrôle de certains détenus).

<sup>93</sup> Art. 81-1 et 82-1 C. pr. pén. À titre de comparaison, aux Pays-Bas, le détenu peut solliciter certains témoignages.

<sup>94</sup> Notamment, lorsque les faits sont établis. Dans ce cas de figure, le juge lui reproche, implicitement, de ne pas ramener la preuve de la non-matérialité des faits. Une évidence alors s'impose : comment ne pas conclure à une inégalité des armes, lorsque la défense doit ramener la preuve d'un fait négatif, au surplus, privé de moyen de preuve. TA Nancy du 6 février 2001, Aff. *Echard*, req. n°00290, et du 23 avril 1999, *Echard*, req. n°99107 ; TA Lille du 25 mai 2000, Aff. *Yezli*, req. n°97-4068. in **HERZOG-EVANS**, Martine., **CERE**, Jean-Paul., **PECHILLON**, Éric. *Actualité du droit de l'exécution des peines*. D. 2002, p.110 ; id. TA Rouen du 24 juillet 2002, Aff. *Garando*, req. n°00134 inédit. op. cit. D. 2004, p.1099.

<sup>95</sup> Le vieil adage civil « *actori incumbit probatio* » est également valable en matière disciplinaire. TA Melun du 15 octobre 1997, Aff. *Frérot* ; TA Marseille du 04 mars 1998, Aff. *Maria*. in **HERZOG-EVANS**, Martine., **PECHILLON**, Éric. *L'entrée des avocats en prison, Loi du 12 avril 2000*. D. 2000, chron. p.483 ; TA Strasbourg du 19 janvier 2001, Aff. *N'Guyen*. in in **HERZOG-EVANS**, Martine., **CERE**, Jean-Paul., **PECHILLON**, Éric. *Actualité du droit de l'exécution des peines*. D. 2002, p.116.

<sup>96</sup> La crainte d'être confrontée à un risque d'annulation en chaîne de procédures disciplinaires a sensiblement amélioré la qualité et la concision des rapports d'incident.

<sup>97</sup> TA Strasbourg du 19 janvier 2001, Aff. *N'Guyen*, req. n°992945. in **CERE**, Jean-Paul. *Droit disciplinaire en prison*. Traité de Sciences Criminelles, Éd. L'Harmattan, 2001, p.83.

<sup>98</sup> « *Le rapport d'enquête doit établir la matérialité des faits* ». « *En vertu des principes généraux du droit, la charge de la preuve des faits à l'origine de la sanction incombe à l'administration pénitentiaire, qui, selon la jurisprudence, se doit d'établir la matérialité des faits répréhensibles* ». Circ. du 31 octobre 2000, BOMJ n°80, § 2.1.

désormais respecter cette obligation essentielle dans la rédaction des comptes rendus d'incident.

Mais, en pratique, elle ne possède pas les ressources nécessaires et suffisantes pour établir les faits. Faute de véritables moyens techniques, technologiques, et scientifiques – à l'image des moyens d'investigation des services de police et de gendarmerie<sup>99</sup> –, et faute de participation de la défense, il est illusoire de croire que seul, le professionnalisme du personnel pénitentiaire, permettra d'assurer la matérialité des actes, d'appréhender l'intention délictuelle de leurs auteurs, donc, de justifier d'une véracité aux faits<sup>100</sup>. Si tel est bien le cas pour les affaires courantes assez simples, il en va autrement pour certaines fautes du 1<sup>er</sup> ou 2<sup>nd</sup> degré plus complexes comme le trafic de stupéfiants, les infractions collectives et autres qui requièrent des investigations spécifiques.

**136.** L'inégalité des armes apparaît également, lorsque le chef d'établissement décide de prendre une mesure disciplinaire provisoire<sup>101</sup>. Le placement en cellule disciplinaire – ou la sanction officieuse du transfert disciplinaire – se rapproche de la détention provisoire, à l'exception des garanties procédurales. Le placement en cellule disciplinaire à titre préventif est parfaitement légitime et compréhensible, lorsque l'ordre ou la sécurité de l'établissement pénitentiaire sont menacés, et à dessein de répondre promptement à certaines infractions graves<sup>102</sup>. Toutefois, la procédure qui conduit à cette mesure manifeste plusieurs atteintes au principe de l'égalité des armes. La décision de placement est considérée par la jurisprudence comme une mesure d'ordre intérieur<sup>103</sup> c'est-à-dire, insusceptible de recours. Elle est prise par le chef de l'établissement sans débat contradictoire préalable avec l'intéressé ou son avocat<sup>104</sup>. Elle n'est ni motivée, ni notifiée à la personne détenue. Elle fait l'objet d'aucun contrôle *a priori* ou *a posteriori* par une autre autorité disciplinaire ou judiciaire. Pour les juridictions administratives, elle n'est pas considérée comme une décision faisant grief en raison de sa brièveté<sup>105</sup>. En effet, depuis le décret du 02 avril 1996, le délai maximum avant le renvoi devant une commission de discipline est de quarante-huit heures. Auparavant, il était de cinq jours. Mais, la brièveté de l'atteinte n'efface pas pour autant son intensité. Pendant deux jours, le détenu subit une sanction particulièrement coercitive et restrictive de droits<sup>106</sup> où la

---

<sup>99</sup> Chaque service possède ses TIC (techniciens d'investigations criminelles). La Police agit avec la PTS (police technique et scientifique) et la gendarmerie avec l'IRC (l'institut de recherche criminelle). **DIAZ**, Charles. *La Police technique et scientifique*. Coll. Que sais-je ?, Éd. PUF, 2000.

<sup>100</sup> **PECHILLON**, Éric., **HERZOG-EVANS**, Martine. *Droit pénitentiaire : la réécriture de la loi par voie de circulaire* (2nd partie). PA du 20 mars 2001, n°57, p.8.

<sup>101</sup> Art. D. 250-3 C. pr. pén. et Circ. du 02 avril 1996, BOMJ n°62, § 3.2.6.2. Cf. **HERZOG-EVANS**, Martine. *Les sanctions pénitentiaires occultes*. in Mélanges offerts à Pierre **COUVRAT** : La sanction du droit. Éd. PUF, 2001.

<sup>102</sup> Art. D. 250-3 C. pr. pén. Il existe une certaine homogénéité des motifs de placement préventif en cellule disciplinaire au sein des pays européens. **BIBAL**, Dominique. **MENARD**, Martine. *Étude sur le régime disciplinaire dans les établissements pénitentiaires des États membres du Conseil de l'Europe*. Direction de l'administration pénitentiaire, Service des études et de l'organisation, 1987, p.68.

<sup>103</sup> Cette position prétorienne est particulièrement contestable et critiquable. TA Melun du 15 octobre 1997, Aff. *Frérot*, req. n°97-500 ; TA Paris du 14 mars 2002, Aff. *Ségura*, req. n°107244/7, inédit. in **HERZOG-EVANS**, Martine., **CERE**, Jean-Paul., **PECHILLON**, Éric. *Actualité du droit de l'exécution des peines*. Dalloz 1999, p.509 et Dalloz 2003, p.919.

<sup>104</sup> L'avocat est expressément exclu de cette procédure. Circ. du 09 mai 2003, BOMJ n°90, § 3.3.1 ; CE du 12 mars 2003, req. n°237437.

<sup>105</sup> Circ. du 31 octobre 2000 relative à la procédure disciplinaire des détenus, BOMJ n°80, § 1.3.  
Disponible sur : <http://www.justice.gouv.fr/bulletin-officiel/dap80a.htm> [consulté le 08/07/2007]

<sup>106</sup> Rapport de l'Assemblée nationale n°2521 par J. Floch du 28 juin 2000 sur la situation dans les prisons françaises, « À Rennes par exemple, les cellules disciplinaires sont de véritables culs de basse-fosse aux dires

procédure se réduit exclusivement à la décision de placement disciplinaire. La défense est inexistante et le principe de l'égalité des armes ignoré.

En outre, l'administration pénitentiaire est libre d'exercer discrétionnairement – de façon alternative ou cumulative avec une sanction disciplinaire<sup>107</sup> – des sanctions cachées<sup>108</sup>. Le transfert imposé<sup>109</sup> connaît de nombreux traits communs avec le placement disciplinaire provisoire tel que la nature arbitraire et insusceptible d'appel de la mesure, l'absence de droits de la défense ou encore de motivation. Pourtant, cette décision se révèle insidieuse et lourde de conséquences pour le détenu : perte des droits acquis comme le droit de travailler ou de se former, éloignement de la famille, du conseil ou suspension des droits de visite et incidence en matière d'application des peines<sup>110</sup>. Faute de procédure, il n'existe aucun contrôle sur ces sanctions « *bis* ». À l'instar du placement provisoire en quartier disciplinaire, le transfert au titre de la sécurité et de la discipline n'appelle pas en soi à la censure<sup>111</sup>, c'est l'absence de procédure, l'espace de non droit et la négation des droits de la défense qui soulèvent la critique<sup>112</sup> et l'indignation.

Au terme de l'instruction, l'atteinte au principe de l'égalité des armes est patente. La disproportion entre les pouvoirs de sanction de l'administration pénitentiaire et la négation de la défense, nous conduisent inéluctablement vers cette conclusion.

Ni défense, ni droits, ni principe. Ils constituent un impensé pénitentiaire tout au long de la phase d'instruction. C'est seulement à l'aune du renvoi devant la Commission de discipline que les droits de la défense apparaissent.

*même du directeur. À Fleury-Mérogis, elles n'ont aucune ouverture sur l'extérieur : seul existe un éclairage « naturel » par une vitre au plafond du sas d'entrée qui ne s'ouvre pas. Comme dans d'autres endroits, le point d'eau est situé au-dessus des toilettes. À Gradignan, elles manquent totalement de lumière au point qu'il est impossible de lire le soir et difficile durant la journée ».*

<sup>107</sup> En pratique, il n'est pas rare qu'un détenu soit l'objet d'un transfert d'établissement et d'une sanction de quartier disciplinaire pour un seul et même fait, dans l'irrespect total et intentionnel du principe général de droit *non bis in idem*.

<sup>108</sup> Il s'agit essentiellement du transfert imposé vers un autre établissement ou en QHS (Arrêt *Kanayakis*, CE du 08 décembre 1967, Rec. Leb. p.475 ; confirmé dans un arrêt *Glaziou*, CE du 23 février 2000, req. n°155607, inédit), et également des retraits de permis de visite, de téléphone, de correspondance, de télévision, de promenade ou encore des atteintes au corps tel que la fixation d'entraves ou la fouille intégrale, à l'exclusion récente du placement en isolement. Depuis l'arrêt de principe *Remli*, rendu par le Conseil d'État le 30 juillet 2003, la mise en quartier d'isolement n'est plus considérée comme une mesure d'ordre intérieur. C'est une décision faisant grief, susceptible de recours juridictionnel. La disparition progressive – et on espère inéluctable – des mesures d'ordre intérieur est un motif de satisfaction et de progrès des droits de la défense. **DEMOUVEAUX**, Jean-Pierre. *Les décisions de mise à l'isolement des détenus constituent-elles des mesures faisant grief ?* D. 2003, pp.377-381 ; **HERZOG-EVANS**, Martine. *L'isolement carcéral n'est plus une mesure d'ordre intérieur*. D. 2003, pp.2331-2334 ;

Disponible sur : <http://www.prison.eu.org> [consulté le 08/07/2007]

<sup>109</sup> Il s'agit du transfert administratif d'un détenu d'une prison vers une autre pour un motif disciplinaire. Art. D.290 – D.313-1 C. pr. pén.

<sup>110</sup> « *Le quota de réduction de peine prévu, non épuré avant le transfert, n'est pas toujours récupéré par la suite. Le Jap de l'établissement d'accueil refuse d'accorder les réductions de peine au motif qu'il appartenait au Jap de l'établissement de provenance, de prendre la décision en temps voulu* ». in **CERE**, Jean-Paul. op. cit. p.171.

<sup>111</sup> « *Un transfert n'est pas en soi assimilable à un traitement inhumain et dégradant* » Comm. EDH, déc. 25 mai 1970, Affr. X c/Royaume-Uni, req. n°3868/68, p.105.

<sup>112</sup> **HERZOG-EVANS**, Martine. *Les droits de la défense et la prison*. Revue trimestrielle des droits de l'homme, n°45, janvier 2001, p.20 ; L'Observatoire international des prisons. Les conditions de détention en France. Rapport 2003. La Découverte, pp.58-61.

## § 2 – Une défense apparente à l’audience

**137.** « *Le rituel de la justice disciplinaire emprunté à celui des tribunaux, laisse toujours planer une certaine ambiance judiciaire* »<sup>113</sup>. Les césures, l’organisation spatiale et temporelle du procès, les règles de procédure, et l’entrée de l’avocat, participent à cette analogie judiciaire. Seulement, on peut regretter que la ressemblance s’arrête précisément à l’endroit où la défense devient qu’apparente.

Dans la préparation de l’audience disciplinaire (A), la défense apparaît dans la procédure. Elle dispose de modestes moyens pour se préparer. Au moment de l’audience (B), elle participe au rituel disciplinaire encore loin des standards *minima* du procès judiciaire.

### A – La préparation de l’audience

**138.** Lors de la préparation de l’audience, la place prééminente de la défense donne l’illusion d’un rééquilibrage des rapports de force entre les protagonistes au procès disciplinaire. En réalité, l’exercice contenu des principes révèle des progrès limités des droits de la défense. Le principe du contradictoire connaît une interprétation minimaliste (1) et le principe de l’égalité des armes est sous-exploité (2).

#### 1) *Un principe du contradictoire minimaliste*

**139.** Lors de la préparation de l’audience disciplinaire, les droits de la défense apparaissent dans une version minimaliste du principe du contradictoire. Le détenu prend connaissance des faits qui lui sont reprochés et des droits qui lui sont octroyés. Cet exercice atténué du principe relève davantage d’un simple accès aux droits que d’une réelle contradiction.

Suite à la décision de renvoi devant la Commission de discipline par le chef de l’établissement pénitentiaire, on notifie au prisonnier l’énoncé des manquements à la discipline, valant également convocation<sup>114</sup>. Nonobstant son témoignage succinct au cours de l’enquête, la notification marque surtout l’arrivée de la défense dans la procédure. Le détenu n’est plus seulement informé du contenu de l’accusation<sup>115</sup>, depuis la réforme du 12 avril 2000<sup>116</sup>, il est

---

<sup>113</sup> CERE, Jean-Paul. *À propos du contrôle des punitions en milieu carcéral*. RFDA 1995, p.822.

<sup>114</sup> Art. D.250-2 C. pr. pén. ; Circ. du 02 avril 1996, BOMJ n°62, § 5.4 ; BOURGOIN, Nicolas. GALINDO, Carole. *La règle et son application : la punition en prison*. Rev. sc. crim. 2004, pp.329-330.

<sup>115</sup> TA Nantes du 24 juillet 2003, Aff. *Cahn*, req. n°0102693, inédit, in HERZOG-EVANS, Martine., CERE, Jean-Paul., PECHILLON, Éric. *Actualité du droit de l’exécution des peines*. D. 2004, p.1098 ; en l’espèce, la juridiction rejette la demande d’annulation de la convocation fondée sur l’absence de qualification juridique des faits, au motif que l’article D. 250-2 du Code de procédure pénale ne prévoit que « *l’exposé des faits qui sont reprochés* ». Face à une telle motivation, on peut légitimement s’interroger sur la portée des circulaires du 31 octobre 2000 et du 09 mai 2003 qui prescrivent expressément « *les exactes dispositions du code de procédure pénale qualifiant ce comportement de faute disciplinaire* » et comment un détenu peut-il préparer sa défense s’il n’est pas en mesure de connaître les chefs de poursuite ?

<sup>116</sup> La Loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, se voulait résolument une réforme de portée générale (Cf. Rapport de l’Assemblée nationale n°1613 par C. Ledoux du 19 mai 1999 sur le projet de loi relatif aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations) incluant expressément le droit pénitentiaire. De son côté, l’administration intéressée feignait d’y être assujetti et s’accrochait à son régime dérogatoire (Art. 4 du Décret n°83-1025 du 28 novembre 1983). La doctrine, favorable à un rapprochement du droit pénitentiaire vers un droit commun considérait que « *rien dans notre ordre*

avisé sur le déroulement de la procédure disciplinaire, sur la possibilité d'être assistée par un avocat, et la communication du dossier<sup>117</sup>. L'ouverture à la consultation de certains documents administratifs, conséquence directe de l'entrée de l'avocat au prétoire, constitue une avancée pour les droits de la défense. Seul ou assisté, le détenu dispose du compte rendu d'incident et du rapport d'enquête<sup>118</sup>, en sus de sa convocation<sup>119</sup>. La communication de ces pièces offre à la défense la possibilité, d'une part, d'en prendre connaissance, et d'autre part, d'en contester le fond et la forme, et d'y relever d'éventuelles insuffisances ou contradictions<sup>120</sup>.

Toutefois, les progrès du principe du contradictoire sont atténués en pratique par des retards dans la communication desdits documents et des insuffisances quant à leur contenu. En effet, il n'est pas rare en pratique de convoquer un détenu dans un temps proche de la commission des faits, alors même que l'enquête n'a pas débuté. Ce dernier ne peut consulter le dossier, faute d'être suffisamment avancé et les investigations achevées. Régulièrement, il le consulte *in extremis*, juste avant l'audience. Cependant, il nous faut préciser une évolution significative des textes réglementaires en la matière et révélatrice d'un dysfonctionnement. Entre la circulaire du 31 octobre 2000 et celle du 09 mai 2003, la Chancellerie passe respectivement « *des pièces du dossier disciplinaire communicable, au détenu, à son conseil ou à son mandataire*<sup>121</sup> » à « *ces derniers doivent impérativement avoir été mis en mesure de prendre connaissance du dossier*<sup>122</sup> ». Parfaitement conscientes du problème, les autorités reconnaissent le caractère impératif de cette modalité du principe du contradictoire, même si l'on peut regretter sa relative faiblesse au visa de la pyramide des normes. Au demeurant, elles entérinent une pratique commune de l'administration pénitentiaire, qui consiste à repousser l'audience disciplinaire, le temps que la défense prenne effectivement connaissance du dossier.

---

*juridique ne justifiait une telle mise à l'écart [droit pénitentiaire], notamment de la procédure contradictoire* ». in **HERZOG-EVANS**, Martine., **PECHILLON**, Éric. *L'entrée des avocats en prison, Loi du 12 avril 2000*. D. 2000, chron. p.482. Finalement, le Conseil d'État saisi de la question, concluait à son application dans un avis du 03 octobre 2000 (non publié) et ainsi mettait définitivement un terme à un aspect fort critiquable et critiqué du droit pénitentiaire. Les conditions d'application de cette loi, pour l'administration pénitentiaire, ont été précisées par un décret en Conseil d'État du 25 juillet 2002, publié au JORF du 1er août 2002.

Disponible sur : <http://www.assemblee-nationale.fr/11/rapports/r1613.asp> [consulté le 08/07/2007]

<sup>117</sup> Circ. du 09 mai 2003 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, BOMJ n°90, § 2.2.

Disponible sur : <http://www.justice.gouv.fr/bulletin-officiel/dap90b.htm> [consulté le 08/07/2007]

<sup>118</sup> Ibid. ibidem. § 2.3.

<sup>119</sup> TA Montpellier du 30 mai 1996, Aff. *Causse*. Il est impossible de différer la notification des charges à un détenu en raison de son état d'agitation ; il appartient alors à l'administration pénitentiaire d'user des moyens mis à sa disposition pour le calmer et se protéger, sans pour autant oublier de lui notifier son renvoi. in **HERZOG-EVANS**, Martine., **CERE**, Jean-Paul. *La discipline pénitentiaire : naissance d'une jurisprudence*. D. 1999, p.509.

<sup>120</sup> Cf. supra.

<sup>121</sup> Circ. du 31 octobre 2000, BOMJ n°80, § 2.3. Alors que l'article 24 de la loi prévoit que la personne faisant l'objet d'une décision individuelle peut se faire « *représenter par un mandataire de son choix* », la circulaire du 31 octobre 2000 dénature complètement la liberté de choix inscrite dans l'esprit de la loi, au profit d'un "mandataire agréé" ou d'un "mandataire maison" qui répond aux exigences pénitentiaires (§1.1.1 à 1.1.6). Cet abus de droit est vivement critiqué par la doctrine qui considère la réécriture de la loi par voie de circulaire, tout simplement illégale. Dans un arrêt du 20 mars 2002, le Conseil d'État souscrit à ces griefs et constate l'illégalité de la procédure d'agrément au motif qu'elle émane d'une autorité incompétente. À présent, le détenu peut se faire assister d'un conseil ou représenter par un mandataire de son choix. Voir notamment, **PECHILLON**, Éric., **HERZOG-EVANS**, Martine. *Droit pénitentiaire : la réécriture de la loi par voie de circulaire* (2nd partie). PA du 20 mars 2001, n°57, p.8.

<sup>122</sup> Circ. du 09 mai 2003, BOMJ n°90, § 2.3.

Par ailleurs, certaines pièces du dossier disciplinaire sont exclues de la contradiction à dessein pour l'administration pénitentiaire de s'en servir au moment opportun, lors de l'audience. Aux dires des détenus et des auxiliaires de justice, régulièrement le dossier est intentionnellement dépourvu d'éléments essentiels tels que les antécédents disciplinaires, les différents écrits et appréciations des surveillants sur la conduite du prisonnier en détention. Ces pièces sont à la fois distinctes et inhérentes au dossier disciplinaire en cours. Elles sont distinctes parce qu'elles figurent dans le dossier individuel de chaque détenu au sein du greffe de l'établissement pénitentiaire<sup>123</sup>, dossier différent de la procédure réglementaire. Cependant, elles sont inexorablement reliées à la procédure pendante parce que le statut à venir du détenu dépend de son passé disciplinaire. Pour preuve, la Commission de discipline n'omet pas leurs examens avant de se prononcer sur la sentence.

Exclure de la contradiction des pièces essentielles qui influencent directement la nature et le quantum de la sanction, constitue non seulement une irrégularité substantielle aux principes du contradictoire et de la loyauté des preuves, mais également une atteinte grave aux droits de la défense et plus généralement à la notion de procès équitable. Au surplus, rien dans la loi<sup>124</sup> et dans sa circulaire<sup>125</sup> d'application qui établissent le principe de la libre communication aux administrés des documents nominatifs les concernant, ne tend à exclure ces pièces de la contradiction, au contraire. Devant les réticences de l'administration pénitentiaire à fournir ces documents, la Chancellerie ouvre la contradiction à l'ensemble des pièces prises en compte par la Commission de discipline<sup>126</sup>. Il nous plaît à croire qu'il lui sera de plus en plus difficile dorénavant, d'éluder certaines pièces du dossier<sup>127</sup>.

## 2) *Un principe de l'égalité des armes sous-exploité*

**140.** La situation est inédite et singulière. Alors que la défense est définitivement absente de l'enquête disciplinaire (l'ensemble des prérogatives revenant à l'administration pénitentiaire), à l'opposé, la préparation de l'audience lui est entièrement consacrée.

La notification des faits reprochés et des droits subséquents est inversement proportionnelle à l'instruction disciplinaire dans les rapports de force, à l'exception substantielle de réels pouvoirs d'action au profit de la défense. En effet, cette phase procédurale n'est nullement l'occasion de procéder à des actes d'investigation ou de demander à ce que des expertises soient réalisées. La défense n'a aucun pouvoir d'instruction. Elle ne peut exiger de l'autorité disciplinaire l'accomplissement d'une quelconque mesure. Au mieux, elle peut en solliciter

---

<sup>123</sup> Art. D.155 C. pr. pén.

<sup>124</sup> Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 et la Loi n° 79-587 publiées respectivement au JO du 18 juillet 1978 et du 12 juillet 1979.

<sup>125</sup> Circ. du 13 novembre 1985 relative à la communication aux détenus de documents administratifs, BOMJ n°20.

<sup>126</sup> Circ. du 09 mai 2003, BOMJ n°90, § 2.3. « *Le détenu, son conseil ou son mandataire doivent impérativement avoir été mis en mesure de prendre connaissance de ces pièces, ainsi que de toutes celles qui seront examinées par la commission de discipline, avant le début de l'audience disciplinaire* ».

<sup>127</sup> La réalité pénitentiaire étant souvent distincte des textes, d'autres contraintes interagissent dans ce dysfonctionnement. Il faut compter avec les insuffisances en personnel (pour effectuer la copie gratuite des dossiers) et en moyen informatique. Par ailleurs, la prison est un système fermé par définition qui favorise nombre de relations informelles et forcées entre les détenus et les surveillants dont les écarts de conduite et autres comportements déviants secondaires, peuvent être consignés dans leur dossier par un écrit (compte rendu blanc – petit prétoire) ou figurer sous forme de remarque ou avertissement oral.

gracieusement la réalisation, sans qu'il en résulte pour autant, une obligation d'y déférer pour l'administration pénitentiaire.

Ensuite, il faut prendre en compte la réalité des investigations au sein du milieu carcéral. Elles sont très circonscrites<sup>128</sup> et se limitent très souvent aux preuves testimoniales, elles-mêmes restreintes par la loi du silence. En outre, les délais de procédure pour procéder aux investigations sont sans communes mesures avec le droit commun<sup>129</sup>.

Enfin, juridiquement, lorsque l'autorité disciplinaire notifie le renvoi au détenu, l'instruction est – normalement<sup>130</sup> – close et terminée.

En définitive, la préparation de l'audience est un temps de procédure entièrement consacré à la défense, non pour exercer une défense active, mais seulement pour prendre connaissance de la démonstration qui tend à soutenir l'accusation. Après une phase d'instruction totalement exclusive de la défense, où aucun des principes ne peut s'exprimer, on tente de rétablir le rapport de force en concédant le droit à un avocat, le droit de consulter le dossier et le temps de préparer la défense. Seulement, leurs applications partielles ne combleront pas le déséquilibre initial. Le procès disciplinaire renvoie l'image d'une procédure dialectique où se succède respectivement une phase secrète, non contradictoire et irrespectueuse de l'égalité des armes, et son contraire. Or, cette apparence de rééquilibre est illusoire et trompeuse. Le principe du contradictoire comme celui de l'égalité des armes ont nécessairement besoin d'au moins deux parties antagonistes pour s'exprimer. En l'espèce, au temps de l'enquête, la défense est absente et au moment de la préparation de l'audience, c'est la partie poursuivante qui fait défaut. En conséquence, les principes sont, soit déficients, soit insuffisamment exploités. Faute d'adversaire actif dans la procédure, l'analyse des droits de la défense sous l'angle du principe de l'égalité des armes se limite à garantir l'effectivité de l'accès aux droits et à l'information.

**141.** Depuis la réforme de 1996, grâce au principe de l'égalité des armes, les droits de la défense progressent. Pour illustrer notre propos, nous nous attacherons à démontrer les progrès réalisés lors de la préparation de la défense. Au sens de l'article 6-3 b de la Convention européenne des droits de l'homme, l'accusé « doit disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense ». Le « temps nécessaire » est une notion très relative et subjective contrairement au « *minimum de trois heures* » accordé par l'article D.250-2 du Code de procédure pénale. Auparavant, dans ce temps imparti, le détenu prenait connaissance des charges, du dossier d'enquête, et préparait sa défense. À l'évidence, le temps concédé à la défense était nettement insuffisant<sup>131</sup>.

L'entrée en lice de l'avocat au sein du procès disciplinaire a totalement bouleversé l'équilibre entre les parties, et incidemment, augmenté le temps imparti à la défense. Les modalités d'exercice inhérentes à la profession d'avocat, tel que la consultation du dossier, l'entretien avec le client, et une réflexion sur la stratégie de défense à adopter, sont difficilement réalisables en trois heures. Consciente de l'insuffisance de ce délai, l'administration

---

<sup>128</sup> Cf. supra, B. La phase d'instruction.

<sup>129</sup> L'instruction en droit pénitentiaire peut s'effectuer sur plusieurs jours. Lorsque le prévenu fait l'objet d'un placement préventif en quartier disciplinaire, elle se limite à deux jours et parfois à quelques heures, dans des situations d'urgence (Art. D.250.3 C. pr. pén.). Ces délais apparaissent disproportionnés par rapport aux temps d'investigation du droit commun qui s'échelonnent entre plusieurs semaines et des années, pour les affaires les plus complexes.

<sup>130</sup> Cf. supra, B. La phase d'instruction.

<sup>131</sup> Même si les trois heures étaient strictement interprété par la jurisprudence, TA Nancy du 23 juin 1998, Aff. Dieudonné ; in HERZOG-EVANS, Martine., CERE, Jean-Paul. *La discipline pénitentiaire : naissance d'une jurisprudence*. D. 1999, p.509. À la question de savoir si le détenu pouvait véritablement bénéficier d'une défense dans un délai aussi court, force était de répondre par la négative.

pénitentiaire a pris acte des nécessités de la pratique<sup>132</sup>. Désormais, elle autorise son dépassement et fixe un minimum de deux jours avant l'audience pour notifier le renvoi<sup>133</sup>. La parade qui consistait autrefois à demander l'assistance d'un avocat afin de repousser l'audience, n'est plus nécessaire. Aujourd'hui, le détenu bénéficie plus généralement des deux jours de la circulaire plutôt que des trois heures du décret, à présent réservées aux procédures d'urgence et d'exception<sup>134</sup>.

Le recours à l'aide d'un interprète pour les individus ayant des difficultés à comprendre ou à s'exprimer en français, établit une autre manifestation des progrès réalisés. Ce principe, inscrit à l'article 6 § 3 a) et e) de la Convention européenne et repris au sein des règles pénitentiaires<sup>135</sup>, revêt un caractère quasi unanime dans l'ensemble des pays européens<sup>136</sup>. En France, cette garantie du respect des droits de la défense n'est pas un droit absolu. L'article D.250-4 du Code de procédure pénale connaît deux exceptions fort préjudiciables. En effet, il envisage la présence de l'interprète seulement « *dans la mesure du possible* », d'une part, et il intervient uniquement à l'audience disciplinaire, d'autre part. La simple obligation de moyen s'explique pour des raisons pratiques<sup>137</sup>. Pourtant dans le domaine voisin de la garde à vue, il a été jugé que la notification tardive des droits en raison de l'absence d'interprète, est une cause de nullité, sauf circonstances insurmontables<sup>138</sup>.

---

<sup>132</sup> CAA Paris du 20 mars 2001, Aff. *Bekkouche*, req. n°98PA04414, la Cour retient « *la nécessité de permettre au prévenu disciplinaire de disposer d'un temps suffisant pour préparer sa défense* » de fond, non pas sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, mais sur le principe général du droit de la défense. in **HERZOG-EVANS**, Martine., **CERE**, Jean-Paul., **PECHILLON**, Éric. *Actualité du droit de l'exécution des peines*. D. 2002, p.110.

<sup>133</sup> « *Le délai dont la personne détenue dispose pour préparer sa défense devra désormais inclure le temps nécessaire à l'avocat ou au mandataire pour s'entretenir avec le détenu et préparer utilement sa défense. Il pourra donc, le cas échéant, dépasser le délai de trois heures comme le prévoit l'article D. 250-2 du code de procédure pénale* ». Circ. du 31 octobre 2000, BOMJ n°80, § 2.2 ; « *la convocation doit lui être notifiée 2 jours à l'avance* ». Circ. du 09 mai 2003, BOMJ n°90, § 2.2.

<sup>134</sup> Circ. du 09 mai 2003, BOMJ n°90, § 3.3.1 et 3.4.1 ; Il faut souligner que les praticiens dénoncent le recours excessif à la procédure d'urgence par l'administration, pour des situations qui ne l'exigent pas forcément. Il semble même que les interventions en urgence soient aujourd'hui plus nombreuses que les procédures de droit commun. Cet état de fait doit être relativisé. Il s'explique, notamment, par l'importance du nombre de placements préventifs en quartier disciplinaire. **PECHILLON**, Éric., **HERZOG-EVANS**, Martine. *Le droit de l'exécution des peines, problème et enjeux d'une discipline juridique en formation*. Recherche réalisée dans le cadre « Mission de recherche Droit et Justice », Avril 2003, p175.

<sup>135</sup> Recommandation R (87) 3 du Comité des Ministres aux États membres sur les Règles pénitentiaires européennes adoptées le 12 février 1987, Art. 36-4.

<sup>136</sup> **CERE**, Jean-Paul. *Le contentieux disciplinaire dans les prisons françaises et le droit européen*. Coll. logiques juridiques, Éd. L'Harmattan, 1999, p.183. Ce principe figure à l'article 14 § 3 a) et f) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ; Art. 55-1 c) et 67-1 a) et f) du Statut de Rome. Cf. Projets Grotius 98/GR/131 et 2001/GRP/015 et livre vert de la Commission des Communautés européennes, du 19 février 2003, COM (2003) 75 final.

Disponible sur : [http://ec.europa.eu/justice\\_home/fsj/criminal/procedural/responses/27.pdf](http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/criminal/procedural/responses/27.pdf) [consulté le 08/07/2007]

<sup>137</sup> Le personnel pénitentiaire comme judiciaire se réfère à une liste d'interprètes agréés par la Cour d'appel pour choisir le traducteur. Ce dernier est rémunéré sur les fonds propres de l'établissement pénitentiaire. Mais parfois, il arrive que le chef d'établissement soit confronté à une carence d'interprète (notamment pour les langues étrangères peu communes ou parce que l'interprète est déjà sollicité). Dans cette hypothèse, considérer le droit à l'interprète comme une obligation de résultat signifiait au mieux une paralysie temporaire des procédures, au pire une annulation. Finalement, ces difficultés d'ordre pratique ont sûrement été prises en compte lors de la rédaction du décret. Dans la réalité carcérale, pour palier l'absence du traducteur officiel, le chef d'établissement fait appel au traducteur "maison", en la personne du surveillant, voir du détenu qui maîtrise la langue étrangère.

<sup>138</sup> Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 24 février 2000, Bull. civ. II, n°34 ; TGI Aix en Provence, 22 Décembre 1993, D. 1994, p.566. L'absence d'interprète durant l'entretien équivalait à une absence totale d'entretien et entraînait la nullité de la procédure.



Cependant, si cette première limite peut se comprendre, même si elle n'est pas pour autant satisfaisante, la seconde n'a aucun fondement. Lorsque l'interprète est présent à l'audience disciplinaire, il n'existe aucune justification à son absence au moment de la notification<sup>139</sup>. Cet état de fait revient à priver le détenu de ses droits les plus élémentaires. Or, cette situation juridique est loin d'être marginale. Faut-il rappeler qu'en 2003, 21.5 % des personnes incarcérées, étaient de nationalités étrangères ? Consciente de l'ineffectivité des droits de la défense pour les détenus étrangers par rapport aux nationaux, la Chancellerie a manifestement changé de position à l'égard de l'interprète<sup>140</sup>. Il nous plaît d'espérer qu'il sera dorénavant de plus en plus facile, d'y recourir<sup>141</sup>.

**142.** Les incontestables progrès des droits de la défense opérés par le développement des principes du contradictoire et de l'égalité des armes, combrent en partie le déséquilibre patent au sein du procès disciplinaire. Cependant, ils ne peuvent complètement effacer la nature inquisitoire de la procédure. Faute d'une défense présente et active à l'instruction et d'un réel débat contradictoire à armes égales entre les différents partisans, les principes, et par conséquent, les droits de la défense, vont connaître un seuil d'intensité, au-delà duquel, ils ne pourront aller, faute d'une nature structurelle du procès, adaptée. La perspective de droits de la défense limités se retrouve également dans l'analyse de l'audience disciplinaire.

## B – L'audience disciplinaire

**143.** « *Le degré de protection démocratique offert par notre système juridique est tel que les droits de la défense supposent de manière incontournable l'assistance d'un avocat* »<sup>142</sup>. En effet, l'intervention effective de l'avocat au sein du procès disciplinaire

<sup>139</sup> Pour la Cour européenne, l'assistance d'un interprète s'étend à tous les actes de la procédure, que l'accusé doit être à même de comprendre afin de réfuter les arguments de l'accusation. in CEDH du 28 novembre 1978, Aff. *Luedicke, Belkacem et Koç c/Allemagne*, Série A, n°29, § 42 et 48 ; Cass. crim. 13 juin 1996, Procédures, novembre 1996, n°338. SUDRE, Frédéric., MARGUENAUD, Jean-Pierre., ANDRIANTSIMBAZOVINA, Joël., et al. *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*. Coll. Thémis, 4<sup>e</sup> Éd. PUF, 2007, p.370 ; COMMARET, Dominique. *Les exigences du procès équitable dans le domaine des droits de la défense*. Rev. sc. crim. 2005, p.868.

<sup>140</sup> Décret n° 98-1099 du 08 décembre 1998, Art. D.506 C. pr. pén. ; « *comme le prévoit l'article D. 506 du code de procédure pénale et étant observé que le respect des droits de la défense est une nécessité absolue, quand le détenu ne parle ou ne comprend pas la langue française, il y a lieu de recourir à un interprète, y compris lors de la phase préparatoire, notamment afin de permettre à l'avocat ou au mandataire choisi de s'entretenir avec lui* ». Circ. du 09 mai 2003, BOMJ n°90, § 2.5. V. également Rapport du Sénat n°92 par G. Othily, annexe au procès-verbal de la séance du 22 novembre 2001 le projet de loi de finance de 2002, t. V, sur l'administration pénitentiaire. Comp. avec le droit commun. Cass. crim. 06 décembre 1994, Bull. crim. n°394 ; CAA Montpellier, 15 décembre 1998, Dr. pénal, avril 1999, n°61, obs. A. Maron.

Disponible sur : [http://senat.fr/rap/a01-092-5/a01-092-5\\_mono.html](http://senat.fr/rap/a01-092-5/a01-092-5_mono.html) [consulté le 08/07/2007]

<sup>141</sup> Le fait que l'administration pénitentiaire applique plus facilement les circulaires ou notes de la Chancellerie que les principes généraux du droit (pyramide des normes inversées), la récente réaffirmation du droit à l'interprète dans les normes internes, marquent une évolution positive en faveur des droits de la défense. Bien évidemment, des difficultés pratiques persistent, comme pour l'univers judiciaire : c'est le nombre, la qualité parfois insuffisante des traducteurs et les carences pour certaines langues rares. Quoi qu'il en soit, des progrès ont été réalisés, même s'il faut reconnaître que seule la nullité des procédures pour défaut d'interprète – lorsque la situation l'exige – est susceptible de garantir véritablement l'effectivité de ce droit.

<sup>142</sup> HERZOG-EVANS, Martine., CERE, Jean-Paul., PECHILLON, Éric. *Les avocats aux portes des prisons*. Disponible sur : [http://www.rajf.org/article.php?id\\_article=16](http://www.rajf.org/article.php?id_article=16) [consulté le 08/07/2007]

constitue une avancée fondamentale pour les droits de la défense. Mais sa seule présence ne garantit ni la contradiction, ni l'égalité des armes.

Si le principe de l'égalité des armes est approché (2) notamment à travers l'intervention de l'avocat au prétoire, en revanche, la revendication de contradiction de l'audience disciplinaire est usurpée (1).

### 1) *Un principe du contradictoire usurpé*

**144.** L'audience disciplinaire se réclame du contradictoire, sans pour autant chercher à réunir, les conditions nécessaires d'y parvenir. Il n'est plus question, en l'espèce, de percevoir le concept de contradiction à travers son seul aspect informatif<sup>143</sup>. Selon la lettre et l'esprit de la loi, l'audience se veut une phase propice aux explications orales des parties<sup>144</sup>. L'application du principe du contradictoire lors des débats est incontestablement une garantie d'effectivité des droits de la défense. Or, dans la pratique, l'audience débute par la lecture du compte rendu d'incident et du rapport d'enquête afin d'énoncer les faits reprochés, rappeler leurs qualifications juridiques et d'établir les preuves à charge. Ensuite, le président donne la parole au détenu. Ce dernier présente en personne ses explications orales ou écrites, et le cas échéant, son avocat ou son mandataire sont entendus en leur plaidoirie. Après les délibérations, la commission rend sa sentence.

En dépit d'une présence soutenue du terme « *contradictoire* » dans la procédure, nous constatons l'insuffisance d'applications pratiques. L'audience disciplinaire ne saurait être contradictoire sans contradicteur. À aucun moment du procès disciplinaire, les représentants de l'accusation et de la défense discutent, argumentent ou raisonnent alternativement, l'un en face de l'autre, sur l'établissement des faits. L'accusation n'est pas représentée et parfois elle demeure non identifiée<sup>145</sup>. À l'exception du chef d'établissement, qu'il est possible de considérer comme un représentant de l'accusation, au moment de l'engagement des poursuites, dans le reste du procès disciplinaire, l'accusation se matérialise essentiellement par les pièces écrites du dossier. Par conséquent, faute de véritable représentant à l'audience, à l'image d'un délégué du ministère public qui défend et démontre la thèse de l'accusation, par essence, le débat contradictoire est faussé *ab initio*.

**145.** En deçà d'un débat contradictoire, l'audience se rapproche d'une succession de monologues. La thèse de la défense succédant à celle de l'accusation, il n'y a pas d'échange, de discussions réciproques et simultanées. Pourtant, certains n'hésiteraient pas à voir dans l'échange de question/réponse entre le président et la défense, un réel débat contradictoire. Effectivement, à l'extrême limite, nous concédons volontiers que les questions de l'accusation puissent s'extérioriser par l'intermédiaire du président de la Commission. Seulement, un contradictoire exige que l'on puisse également répondre aux questions de la défense, vis-à-vis

---

<sup>143</sup> Au moment de l'audience, le caractère informatif du principe est normalement dépassé. Le détenu connaît ses droits et le dossier de l'accusation.

<sup>144</sup> La circulaire du 31 octobre 2000 confirme cette détermination lorsqu'elle précise qu'« *une attention particulière devra être portée... afin qu'un véritable débat puisse s'instaurer* » dans le but de permettre « *un exercice effectif des droits de la défense* ». § 2-5.

<sup>145</sup> Nous pensons plus particulièrement à la possibilité laissée à l'administration pénitentiaire de recourir à l'anonymat des témoins. « *Au titre de l'article 4 de la Loi du 12 avril 2000, il convient de rappeler que le témoignage d'un agent peut être écarté, si des motifs intéressant la sécurité publique ou la sécurité des personnes le justifient* ». in Circ. du 31 octobre 2000, BOMJ n°80, § 2.5. Cf. note du 10 novembre 2000 relative à la rédaction du rapport d'enquête et au respect de l'anonymat des agents.

d'un témoin ou d'un argument de l'accusation<sup>146</sup>. Or, il est impossible au président d'y répondre sans sortir de son rôle de juge. Il est déjà difficile pour la Commission de satisfaire aux standards européens et nationaux d'indépendance et d'impartialité<sup>147</sup>, si bien que le fait d'y répondre en lieu et place de l'accusation, marquerait définitivement sa qualité *sui generis* de juge et partie.

**146.** Non seulement l'audience disciplinaire ne répond pas aux critères de sélection de la contradiction, mais au surplus, des hypothèses y portent manifestement atteinte. Lorsqu'un incident collectif survient en détention, la commission de discipline peut être amenée à juger plusieurs détenus pour des faits identiques ou connexes. Dans cette hypothèse, où le contradictoire exigerait une confrontation simultanée des versions de chaque protagoniste afin d'établir au plus juste les responsabilités de chacun, des questions de sécurité et d'ordre interne prévalent, et produisent à la place, un enchaînement de versions autonomes. Chaque détenu est entendu et jugé comme un élément désolidarisé du "tout", sans possibilité d'interroger les codétenus sur leurs parts de responsabilité. Dans ce type d'affaire, l'absence de contradictoire a la particularité inédite de porter atteinte à la fois aux droits de la défense et à la quête de vérité de l'accusation<sup>148</sup>. Ici, l'exercice atypique du contradictoire – en ce sens où il confronte des défenses entre elles – permettrait d'établir sans aucun doute, plus justement la responsabilité de chacun. Cette expression inhabituelle du principe a le mérite de démontrer que sa fin n'est pas uniquement de garantir les droits de la défense mais également d'approcher au plus près la vérité disciplinaire (judiciaire), de la réalité des faits. Il est essentiel de transmettre l'idée selon laquelle, l'exercice du contradictoire ne sert pas uniquement les intérêts partisans de la défense mais substantiellement, ceux de la vérité. En théorie comme en pratique, l'exercice du contradictoire profite généralement à la défense. Il favorise en majorité la défense parce qu'il s'agit d'un outil d'égalité, d'une part, et que la défense se situe généralement dans une position de faiblesse par rapport à l'accusation, d'autre part. En conséquence, son application profite inéluctablement à la défense. L'exercice du contradictoire est surtout un principe qui contribue à établir la réalité des faits et indirectement participe à l'équilibre entre les parties.

**147.** Le recours au témoin anonyme dans la procédure disciplinaire est une autre manifestation de l'atteinte au principe du contradictoire. L'administration se fonde régulièrement sur le témoignage anonyme dans les comptes rendus écrits afin de protéger son personnel. Nous ne remettons nullement en cause les fondements légitimes, tel que, la

---

<sup>146</sup> Comme le font très justement remarquer certains auteurs : « oublier l'avocat qui pourrait avoir des questions à poser, notamment aux témoins, est tout à fait dommageable. Où sera en effet le débat contradictoire si nul n'apporte la contradiction ? » in **HERZOG-EVANS**, Martine., **PECHILLON**, Éric. *L'entrée des avocats en prison, Loi du 12 avril 2000*. D. 2000, chron. p.481.

<sup>147</sup> **KOERING-JOULIN** Renée. *La notion de tribunal indépendant et impartial au sens de l'article 6 de la CEDH*. Rev. sc. crim. 1990, p.765 ; *Le juge impartial*. Justices 1998, n°10, p.1. **PRALUS-DUPUY**, Jean. *L'article 6 de la CEDH et le contentieux de la répression disciplinaire*. Rev. sc. crim. 1995, p.723. **CERE**, Jean-Paul. *L'article 6 de la CEDH et procès disciplinaire en prison*. JCP 2001, I, p.869. **PROUVEZ**, Jean-Bernard. op. cit. pp.5-6. **PECHILLON**, Éric., **HERZOG-EVANS**, Martine. *Le droit de l'exécution des peines, problème et enjeux d'une discipline juridique en formation*. Recherche réalisée dans le cadre « Mission de recherche Droit et Justice », Avril 2003, pp199-204.

<sup>148</sup> « En l'absence de véritable investigation préalable ou même d'instruction d'audience contradictoire, il n'est pas possible d'affirmer que les sanctions disciplinaires sont prononcées à partir de faits avérés. Ce détenu contestait sa participation au mouvement collectif pour lequel il avait été sanctionné. Or le tribunal administratif avait refusé de recevoir la contradiction sur ce point ». TA Melun du 23 mars 2000, Aff. Vicoletto, req. n°99-3657. in **HERZOG-EVANS**, Martine., **CERE**, Jean-Paul., **PECHILLON**, Éric. *Actualité du droit de l'exécution des peines*. D. 2001, p.562.

sécurité, l'intégrité physique des personnes et les pressions diverses qui justifient ce procédé. Seulement, l'anonymat n'est pas exclusif du contradictoire. S'il faut se réjouir du fait que « *l'invocation de l'anonymat du témoin principal ne saurait dispenser la partie poursuivante de porter à la connaissance de l'intéressé le contenu de celui-ci* »<sup>149</sup>, il faut également rappeler que la jurisprudence de la CEDH autorise ce procédé sous réserve des droits de la défense. « *En règle générale, les paragraphes 1 et 3 d) de l'article 6 commandent d'accorder à l'accusé une occasion adéquate et suffisante de contester un témoignage à charge et d'en interroger l'auteur, au moment de la déposition ou plus tard* »<sup>150</sup>. Toutefois, le droit d'interroger les témoins n'est pas considéré par la Cour comme un droit absolu. Mais, les exceptions sont restrictivement interprétées<sup>151</sup>. Aussi notre procédure disciplinaire pénitentiaire est encore loin de ces standards européens.

## 2) Un principe de l'égalité des armes approché

**148.** L'entrée de l'avocat au prétoire constitue certainement l'élément le plus visible des progrès réalisés par le principe de l'égalité des armes au sein du procès disciplinaire<sup>152</sup>. Sur le plan des symboles, elle marque une grande avancée, celle du droit sur l'arbitraire. Au-delà d'un rééquilibrage numérique et juridique, ce droit a engendré des modifications du rituel, des procédures et du droit disciplinaire de fond<sup>153</sup>. Désormais, le détenu n'est plus esseulé dans la procédure, à la préparation du dossier ou à l'audience. Ces progrès ont pu se réaliser parce que ce droit n'est pas resté « *théorique et illusoire* », mais il est devenu « *concret et effectif* »<sup>154</sup>. Si la présence de l'avocat au prétoire est une vieille revendication du Barreau<sup>155</sup>,

<sup>149</sup> TA Bordeaux du 19 mars 2002, Aff. *Marmi*, req. n°012360, inédit. in **HERZOG-EVANS**, Martine., **CERE**, Jean-Paul., **PECHILLON**, Éric. *Actualité du droit de l'exécution des peines*. D. 2003, p.919.

<sup>150</sup> CEDH du 13 novembre 2003, Aff. *Rachdad c/France*, req. n°71846/01, spéc. § 23 ; Arrêt d'Assemblée Plénière, CEDH du 20 novembre 1989, Aff. *Kostovski c/Pays-Bas*, Série A, n°166 § 41 ; CEDH du 23 avril 1997, Aff. *Van Mechelen et autres c/Pays-Bas*, req. n°21363/93, spéc. § 50-51 ; CEDH du 20 septembre 1993, Aff. *Saidi c/France*, Série A, 261C, spéc. § 43-44. **SUDRE**, Frédéric., **MARGUENAUD**, Jean-Pierre., **ANDRIANTSIMBAZOVINA**, Joël., et al. *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*. Coll. Thémis, 4<sup>e</sup> Éd. PUF, 2007, 380 et s. V. également, **CALLEWAERT**, Johan. *Témoignages anonymes et droits de la défense*. RTDH 1990, p.270 ; **LEGEAIS**, Raymond. *L'utilisation de témoignages sous forme anonyme ou déguisée dans la procédure des juridictions répressives*. RIDC 1998, Vol 2, p.711 ; .

<sup>151</sup> CEDH du 28 août 1992, Aff. *Arner c/Autriche*, Série A, n° 242-A, § 22-24.

Disponible sur : <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr> [consulté le 08/07/2007]

<sup>152</sup> « *La Loi du 12 avril 2000 doit être regardée comme l'amorce d'un processus législatif chargée de rétablir la hiérarchie des normes en milieu carcéral* ». in **HERZOG-EVANS**, Martine., **PECHILLON**, Éric. *L'entrée des avocats en prison, Loi du 12 avril 2000*. D. 2000, chron. p.482 ; « *L'existence d'une défense n'est certes pas la seule condition d'une dignité retrouvée pour le détenu mais elle en participe certainement* ». in **DANET**, Jean. *Défendre. Pour une défense pénale critique*. Coll. Regards sur la justice, 2<sup>nd</sup> Éd. Dalloz, 2004, p.252.

<sup>153</sup> L'arrivée de l'avocat a permis au détenu de consulter son dossier, d'avoir des entretiens avec lui, d'avoir un professionnel du droit à ses côtés pour préparer sa stratégie de défense et le défendre à l'audience. Il a contribué à rendre les droits de la défense plus effectifs et les obligations de l'administration pénitentiaire, plus régulières. Elle a contraint le personnel pénitentiaire à faire preuve d'une plus grande rigueur processuelle. Les comptes rendu et les rapports d'incident sont beaucoup plus circonstanciés et argumentés. Ces contributions ne peuvent se confondre avec une surcharge de travail insurmontable, elles s'apparentent davantage à une nouvelle méthode de fonctionnement. Voir également : **HERZOG-EVANS**, Martine., **PECHILLON**, Éric. op. cit. pp.483-484.

<sup>154</sup> CEDH du 17 janvier 1970, Aff. *Delcourt c/France*, Série A, n°11, § 25 ; CEDH du 09 octobre 1979, Aff. *Airey c/Irlande*, Série A, n°32, § 24 ; CEDH du 13 mai 1980, Aff. *Artico c/Italie*, Série A, n°37, § 33 ; CEDH du 19 avril 1994, Aff. *Van de Hurk c/Pays-Bas*, Série A, n°288, § 59 ; CEDH du 28 septembre 2005, Aff. *Virgil Ionescu c/Roumanie*, req. n°53037/99, § 44.

de la doctrine<sup>156</sup> et d'une partie des juges du fond<sup>157</sup>, sa pérennisation est essentiellement fondée sur son mode de financement. En effet, il aurait été utopique de la baser sur les seuls émoluments de leurs clients<sup>158</sup>. Aussi, après diverses négociations<sup>159</sup>, l'article 151 de la loi de finance du 28 décembre 2001, prévoit son financement public. Dorénavant, le nouvel article 64-3 de la loi du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique, intègre la rétribution<sup>160</sup> de son intervention dans le financement du pénal d'urgence<sup>161</sup>.

Pour garantir une présence effective de l'avocat au prétoire, le Barreau ne s'est pas contenté d'emprunter au pénal d'urgence son mode de financement, il a également monopolisé et développé toute l'organisation matérielle existante<sup>162</sup>. Concrètement, lorsqu'un détenu sollicite l'aide d'un conseil devant le prétoire, le personnel pénitentiaire informe par téléphone un "avocat coordinateur" afin qu'il transmette la demande auprès du confrère désigné ou d'astreinte, selon les cas. Ensuite, il appartient à ce dernier de se mettre en relation avec le greffe de l'établissement pénitentiaire pour obtenir de plus amples renseignements sur son intervention. Aujourd'hui, cette organisation de la défense pénale fonctionne bien. Le contentieux disciplinaire pénitentiaire représente près de 50 % du pénal d'urgence des commissions d'office<sup>163</sup>.

**149.** Les progrès du principe de l'égalité des armes passent également par les fonctions, le rôle de l'avocat<sup>164</sup> au prétoire, ainsi que par son acceptation. À l'image des OPJ

<sup>155</sup> **HERZOG-EVANS**, Martine. *Prétoire des prisons : la défense introuvable*. PA du 06 août 1997, n°94, p.20.

<sup>156</sup> Ibid. ibidem ; **PELLISSIER**, Pierre. *Le régime disciplinaire des détenus : un progrès inachevé*. Gaz. Pal. 1997, chron. p.860.

<sup>157</sup> TA Paris 06 décembre 1995, Aff. *Bekkouche*, Gaz. Pal. 1996, chron. p.91, note T. Levy ; TA Strasbourg 13 juin 1996, Aff. *Sarisoy*, req. n°932427 et 942070 ; TA Strasbourg 20 février 1998, Aff. *Lajoye*, req. n°953005. in **HERZOG-EVANS**, Martine., **CERE**, Jean-Paul. *La discipline pénitentiaire : naissance d'une jurisprudence*. D. 1999, p.509.

<sup>158</sup> En 2002, la rémunération moyenne mensuelle est de 162 euros par mois pour ceux qui travaillent. En juin 2000, le taux d'activité des détenus était de 35,8 % en maison d'arrêt contre 60 % dans les établissements pour peines. Le taux de chômage était de 31 %. in L'Observatoire international des prisons. *Les conditions de détention en France*. Rapport 2003. La Découverte, pp.92-97.

<sup>159</sup> Après une courte période d'assistance gratuite, leurs interventions sont financées par les Conseils départementaux d'accès aux droits (CDAD) pendant l'année 2001, en attendant une réforme de l'aide juridictionnelle. Cf. Circ. du 31 octobre 2000, BOMJ n°80, § 2.2 ; **PECHILLON**, Éric., **HERZOG-EVANS**, Martine. *Le droit de l'exécution des peines, problème et enjeux d'une discipline juridique en formation*. Recherche réalisée dans le cadre « Mission de recherche Droit et Justice », Avril 2003, pp179-180.

<sup>160</sup> D'après la circulaire du 18 avril 2002 – qui précise le Décret n° 2002-366 du 18 mars 2002 – cette rétribution est financée moyennant l'affectation à chaque Barreau d'une dotation annuelle représentant la part contributive de l'État. Entre 2002 et 2004, le nombre de missions indemnisées par l'aide juridictionnelle a augmenté de 196 %. V. Tableau VII, Les chiffres clés de l'aide juridictionnelle.

Disponible sur : [http://www.cnb.avocat.fr/lettre\\_conseil/LDC-03-2006/chiffres-cles\\_AJ.pdf](http://www.cnb.avocat.fr/lettre_conseil/LDC-03-2006/chiffres-cles_AJ.pdf) [consulté le 08/07/2007]

<sup>161</sup> À l'image de son intervention en garde à vue, sa participation à la commission de discipline ne fait pas partie de l'aide juridictionnelle dans le sens où sa rétribution n'est pas subordonnée à l'accord du Bureau d'aide juridictionnelle (BAJ). Elle fait partie du "pénal d'urgence". Cette particularité profite à l'avocat car il lui suffit de présenter au Barreau une attestation de fin de mission signée par le directeur de l'administration pénitentiaire pour percevoir une indemnité forfaitaire de 88 euros.

<sup>162</sup> Afin de traiter et satisfaire l'ensemble des demandes d'avocat, chaque Barreau a constitué une cellule coordinatrice qui a la charge d'organiser concrètement la répartition des flux de demandes sur les avocats d'astreinte. Comme son intitulé l'indique, le pénal d'urgence rassemble toutes les demandes d'avocats à satisfaire dans les procédures pénales urgentes telles que les gardes à vue, les comparutions immédiates, les procédures du droit des étrangers, les procédures devant le juge des libertés et de la détention, le juge des Enfants et la Commission de discipline.

<sup>163</sup> **KAMENNOFF**, Amélie. op. cit. p24.

<sup>164</sup> Cf. supra.

qui redoutaient l'entrée de l'avocat en garde à vue, le personnel pénitentiaire appréhendait son arrivée au prétoire, d'autant qu'ils n'ont pas été consultés lors de cette réforme<sup>165</sup>. Au départ, les surveillants l'ont considéré comme le témoignage d'un manque de professionnalisme, une mesure de défiance à leur égard. Ils craignaient une impunité des fautes disciplinaires liée au risque d'annulation des procédures<sup>166</sup>. Mais comme tout élément nouveau dans un système, un nouvel équilibre s'est créé, et à mesure des commissions, l'avocat s'est parfaitement intégré au procès disciplinaire<sup>167</sup>.

Après une phase de défiance et d'observation, cet effort méthodologique pour les uns, a permis une application effective de la loi pour les autres. Mais l'exercice de représentation et d'assistance du conseil auprès du détenu ne se résume pas seulement à l'effort d'une partie au profit de l'autre. De l'aveu même de l'administration pénitentiaire, la présence de l'avocat a un effet "*temporisateur*" auprès du détenu. En tant que défenseur et personne extérieure à la prison, ses remarques et conseils sont souvent la garantie d'un débat serein et constructif<sup>168</sup>. Par ailleurs, l'administration pénitentiaire ne s'y est pas opposée longtemps. Elle a assez vite pris conscience de l'opportune légitimité que leur décision – et le procès disciplinaire – pouvait en retirer.

L'intégration de l'avocat au sein du procès disciplinaire est donc satisfaisante. Toutefois, pour être exhaustif, on peut regretter une rédaction malheureuse du texte<sup>169</sup>, en ce qui concerne les détenus mineurs, qui les prive parfois en pratique de toute assistance<sup>170</sup>.

---

<sup>165</sup> « *Mise devant le fait accompli, l'administration pénitentiaire ne peut accepter que de mauvaise grâce une réforme qui aurait effectivement nécessité davantage de consultations* ». Rapport de la commission d'enquête de l'Assemblée nationale sur *la situation dans les prisons françaises*, n°2521, 28 juin 2000, p.149.

<sup>166</sup> Pour illustrer cette crainte d'impunité, il a suffi d'observer la faible publicité – ou la non publicité – octroyée à ces nouvelles dispositions au sein des établissements pénitentiaires, et ce malgré la circulaire. Cf. Circ. du 31 octobre 2000, BOMJ n°80, § 3.1. « *Les chefs d'établissement veilleront, pour ce faire, à utiliser tous les moyens disponibles en matière d'information des détenus sur leurs droits : notice aux arrivants, fiche d'information en bibliothèque, affichage, diffusion de l'information sur canal vidéo interne...* ».

Selon un questionnaire diffusé auprès des détenus, 20 % avaient été informés par voie d'affichage, 19 % par la presse écrite, 21 % par la télévision et 34 % par le "bouche à oreille". 80 % des sondés ont estimé l'information reçue insuffisante ou perfectible. in **POULALION**, Jean-Louis. *L'entrée de l'avocat à la commission de discipline des prisons. Le point de vue de la population carcérale*. Mémoire de DEA droit privé, Nantes, juin 2002, pp.9-10.

<sup>167</sup> Si au début, il était seulement question d'une assistance juridique à l'image de la Finlande et la Suède, c'est une véritable procédure d'assistance et de représentation qui est actuellement mise en œuvre. La France rattrape une partie de son retard par rapport à ces voisins européens comme l'Angleterre, la Norvège, la Slovénie, ou encore le Danemark qui organise l'intervention de l'avocat au sein des instances pénitentiaires. Voir également **CERE**, Jean-Paul. *Le contentieux disciplinaire dans les prisons françaises et le droit européen*. Coll. logiques juridiques, Éd. L'Harmattan, 1999, pp.182-183.

<sup>168</sup> Les tensions entre surveillants et détenus ou entre codétenus qui peuvent exister en détention, avaient souvent tendance à "parasiter" le débat. L'intervention de l'avocat permet de les neutraliser en partie. En outre, l'avocat permet de faire entendre les positions défendues par le détenu lorsque ce dernier a des difficultés d'expressions, de langage ou de forme. En conséquence, il atténue les divergences et accentue les prétentions de son client.

<sup>169</sup> Circ. du 09 mai 2003, BOMJ n°90, § 2.2.

<sup>170</sup> En effet, pour qu'un mineur soit assisté d'un avocat, la loi exige du personnel pénitentiaire qu'il contacte au préalable les parents (détenteur de l'autorité parentale) afin que ceux-ci décident, si leur enfant sera, ou non représenté. En pratique, les liens familiaux sont généralement distendus voir inexistant. En conséquence, le mineur est rarement assisté d'un avocat. De plus, la situation des mineurs est particulièrement préoccupante en raison du nombre de comparutions disciplinaires plus importantes, en proportion du reste de la population carcérale, et à la fois inadmissible, en raison de sa qualité de mineur. La présence du conseil devrait être obligatoire, sous peine de nullité, à l'instar des procédures judiciaires, notamment celle qui prévaut en application des peines. Cf. note bas de page n°234.

**150.** L'avocat aux côtés du détenu devant la Commission de discipline favorise l'égalité des armes. Cependant, la pratique démontre qu'elle n'est pas suffisante pour équilibrer les rapports de force entre les parties. Les lacunes du contradictoire accumulées tout au long de la procédure, les atteintes flagrantes aux principes d'impartialité et d'indépendance de l'instance disciplinaire et l'absence totale de publicité<sup>171</sup>, ont raison de cette manifestation. À l'audience, l'absence de l'accusation place la défense dans une situation particulièrement déstabilisante. *A priori*, on aurait tendance à considérer cette carence comme favorable à la défense. Or, il n'en est rien. L'avocat connaît une perte de repères importants par rapport au rituel judiciaire. La seule lecture du rapport d'enquête suffit à renverser la charge de la preuve. L'absence de contradicteur annihile *ab initio* toute contradiction. Il est particulièrement difficile de contester des faits, de demander des investigations ou de préparer sa plaidoirie, lorsque la partie poursuivante vous oppose une inertie vacante. Lors de l'instruction définitive, la seule et unique possibilité d'investigation<sup>172</sup> – l'audition de témoin – concédée à la défense, est soumise à la discrétion du président de la Commission. Nonobstant, la confusion et le cumul des fonctions, ce dernier n'a pas à motiver son refus puisque sa décision est discrétionnaire, donc insusceptible d'appel<sup>173</sup>. Une inégalité de droit entre les parties n'est pas en soi dirimante ou constitutive d'une atteinte au principe de l'égalité des armes. Seule une accumulation de déséquilibres place la défense « dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire »<sup>174</sup>. En l'espèce, il nous faut reconnaître que l'audience disciplinaire ne respecte pas ce principe.

**151.** Pour s'en convaincre, il suffit d'observer les procédures de recours contre les décisions disciplinaires. Elles sont longues, complexes et dissuasives. La multiplicité et la lenteur des procédures nécessaires à l'effectivité des voies de recours, découragent les requêtes abusives et bon nombre de demandes légitimes. Pour commencer, il est impossible de saisir directement le juge administratif après le prononcé d'une sanction disciplinaire<sup>175</sup>. Avant tout recours judiciaire, le détenu doit effectuer un recours hiérarchique motivé<sup>176</sup> auprès du directeur régional. Le détenu se doit d'être précis et complet lorsqu'il rédige ce recours préalable. Seules de légères erreurs de formulations sont admises dès lors que l'essentiel de la procédure est respecté<sup>177</sup>. Le directeur a deux mois pour prendre sa décision. Au-delà, le défaut de réponse équivaut à une confirmation de la sentence de la Commission disciplinaire, et ouvre au détenu le recours contentieux. Il a deux mois pour saisir le Tribunal administratif. Le juge prendra connaissance de l'affaire au mieux entre six mois et un an après la sanction.

<sup>171</sup> Cf. n°124 et 133 pour les lacunes du contradictoire ; Cf. n°145 pour les atteintes aux principes d'impartialité, d'indépendance et de publicité. Voir notamment, **PECHILLON**, Éric., **HERZOG-EVANS**, Martine. op. cit. pp.199-206.

<sup>172</sup> Dans une affaire de détention de stupéfiants, la demande d'expertise du détenu pour prouver qu'il consommait ni drogue, ni même tabac, a été rejetée, au motif que la procédure disciplinaire ne la prévoyait pas. TA Lyon du 11 avril 2000, Aff. *Benabou*, req. n°9600703. in **HERZOG-EVANS**, Martine., **CERE**, Jean-Paul., **PECHILLON**, Éric. *Actualité du droit de l'exécution des peines*. D. 2001, p.562.

<sup>173</sup> TA Bordeaux du 18 mai 2000, Aff. *Vallès*, req. n°972602. *ibid.* *ibidem*.

<sup>174</sup> CEDH du 27 octobre 1993, Aff. *Dombo beheer c/Pays-Bas*, Série A, n°274, § 33.

<sup>175</sup> CAA Marseille du 28 décembre 2000, Aff. *Pin*, req. n°98MA00072. in **HERZOG-EVANS**, Martine., **CERE**, Jean-Paul., **PECHILLON**, Éric. *Actualité du droit de l'exécution des peines*. D. 2002, p.110.

<sup>176</sup> Ainsi, une lettre adressée au directeur régional dont le contenu n'est pas suffisamment explicite, ne sera pas considérée comme un recours administratif préalable. TA Rouen du 30 juin 2000, Aff. *Druelle*, req. n°981187. *ibid.* *ibidem*. p.110.

<sup>177</sup> TA Marseille du 6 octobre 2000, Aff. *Derderian*, req. n°97-5479. *ibid.* *ibidem*. p.110.

À la lenteur des procédures, il faut ajouter l'absence totale d'intérêt immédiat à exercer une voie de recours. En Espagne, l'exécution de la sanction est suspendue pendant la procédure d'appel, sauf dans les cas de fautes disciplinaires graves. En France, le recours n'est pas suspensif<sup>178</sup>. Le temps que la procédure arrive à son terme, la sanction sera exécutée<sup>179</sup>. Il se pose alors la question de l'intérêt d'exercer une telle voie de recours ?

Nonobstant, les recours exercés par principe ou pour faire valoir ses droits, il existe un enjeu implicite non négligeable : les réductions de peines octroyées par le JAP. En effet, lorsqu'il examine une telle demande, le JAP fonde en partie sa décision sur le comportement du prisonnier en détention<sup>180</sup>. Une sanction disciplinaire peut motiver la révocation d'une partie des remises de peine, et retarder d'autant sa sortie de prison. Aussi, lorsqu'une sanction est manifestement illégale, l'enjeu du recours repose davantage sur les conséquences incidentes<sup>181</sup> que sur l'annulation en elle-même<sup>182</sup>. Toutefois, si elle est postérieure à la décision du JAP de ne pas octroyer des réductions de peines, en raison de l'absence de liens<sup>183</sup> entre les sanctions, ce dernier n'est pas dans l'obligation de réviser son jugement<sup>184</sup>.

En définitive, à la césure entre le droit disciplinaire et l'application des peines, les voies de recours démontrent une inégalité des armes patente. Les procédures sont suffisamment connexes pour permettre un cumul de sanctions, contrairement à la règle *non bis idem*, mais insuffisamment liées pour autoriser leurs condamnations.

**152.** Comme il l'a été démontré, le procès disciplinaire s'est ouvert aux droits de la défense et à ses principes de droit commun. Si l'étendue des progrès qui restent à accomplir est importante, il nous faut cependant observer une émergence constructive des principes du contradictoire et de l'égalité des armes tendant à garantir les droits de la défense. Comme le droit pénitentiaire, l'application des peines connaît une ouverture comparable aux principes directeurs du procès, et souffre également de certaines lacunes et incohérences.

---

<sup>178</sup> **CERE**, Jean-Paul. *Le contentieux disciplinaire dans les prisons françaises et le droit européen*. Coll. Logiques juridiques, Éd. L'Harmattan, 1999, pp.273, spéc. 317.

<sup>179</sup> L'effet non suspensif du recours cumulé aux délais de procédure tend à démontrer avec force l'incompatibilité des voies de recours avec le principe de l'égalité des armes. Cf. supra n°130.

<sup>180</sup> Art. 721 et D.117-2 C. pr. pén. Ce n'est pas tant la bonne conduite que l'absence de mauvaise conduite qui assoit généralement les réductions de peine ordinaires. Ceci permet de maîtriser des détenus qui, sans extérioriser un bon comportement, ne manifestent pas de mauvais comportements. **HERZOG-EVANS**, Martine. *La gestion du comportement du détenu. Essai de droit pénitentiaire*. Coll. Logiques juridiques, Éd. L'harmattan, Paris, 1998, spéc. pp.352-356.

<sup>181</sup> Une sanction annulée ne peut plus servir de fondement à une suppression de réduction de peine, à condition que l'annulation intervienne avant la décision du JAP.

<sup>182</sup> L'annulation connaît très peu d'intérêt en pratique, puisque le recours n'a pas d'effet suspensif. Toutefois, il peut être utilisé afin de fixer une jurisprudence sur des comportements ou des pratiques problématiques amenés à se répéter.

<sup>183</sup> Une jurisprudence constante énonce l'incompétence des juridictions administratives. V. CE du 09 novembre 1990, Aff. *Théron*. D. Pén. 1991, n°130 ; AJDA 1991, jurisp. p.546, note N. Belloubet-Frier ; D. 1991, jurisp. p.390, note J-Y. Plouvin. La chambre criminelle refuse également de condamner les cumuls de sanctions disciplinaires et d'application des peines. V. Cass. crim. 27 mars 1997, **HERZOG-EVANS**, Martine. *Ter in idem*. Rev. pénit. 1998, p.71.

<sup>184</sup> Quand bien même, il le voudrait, il serait fréquemment trop tard, le condamné étant libéré et ayant purgé les jours ou mois correspondant à sa décision. **PECHILLON**, Éric., **HERZOG-EVANS**, Martine. *Le droit de l'exécution des peines, problème et enjeux d'une discipline juridique en formation*. Recherche réalisée dans le cadre « Mission de recherche Droit et Justice », Avril 2003, p.233.



## Section 2 – L'application des peines

**153.** L'histoire de l'application des peines est une lente et progressive reconnaissance d'un personnage central, d'une matière et d'une procédure, à part entière. Depuis sa naissance en 1958 à sa juridictionnalisation récente, l'application des peines n'a eu de cesse de se rapprocher des procédures judiciaires de droit commun.

Né d'un courant humaniste issu de la réforme du Code de procédure pénale, le JAP est une institution en complète autarcie juridique. Esseulé au sein de l'administration pénitentiaire, à l'époque, il est également peu considéré par ses pairs. Sa mission relevant davantage du champ socio-éducatif que du domaine judiciaire ou juridique, il est partagé entre ses missions en juridiction, la prison et le milieu ouvert<sup>185</sup>. Toute l'ambiguïté de sa fonction se reflète sur la nature de ses décisions. Cette ambivalence atteint son paroxysme avec les lois du 22 novembre 1978 et du 09 septembre 1986<sup>186</sup> qui prescrivent à l'article 733-1 Code de procédure pénale, la règle selon laquelle les décisions du JAP sont des « mesures d'administration judiciaire ». À défaut d'établir avec concision leur nature, cet oxymore accroît la confusion initiale.

En effet, depuis le célèbre arrêt *Dame Fargeaud d'Epied*<sup>187</sup> du 22 février 1960, le Tribunal des conflits avait tranché et indiqué que les mesures qui touchaient à « *la nature et aux limites d'une peine* » relevaient des seules juridictions judiciaires.

**154.** Depuis cette dichotomie dans la nature des décisions, les pouvoirs juridictionnels<sup>188</sup>, et par conséquent, la nature juridictionnelle attachée aux jugements ou aux ordonnances prises par le JAP n'ont cessé de progresser au détriment des mesures d'administration judiciaire<sup>189</sup>. La loi sur le bracelet électronique<sup>190</sup>, puis celle sur le suivi socio-judiciaire<sup>191</sup> des délinquants sexuels, attribuent pour la première fois une véritable compétence juridictionnelle au JAP : il statue dans une procédure contradictoire susceptible d'appel en tant que juridiction du 1<sup>er</sup> degré. Cette juridictionnalisation contraste fortement avec les procédures d'administration judiciaire où les droits de la défense sont inexistantes. Aussi, la doctrine, les magistrats et les condamnés conçoivent-ils quelque difficulté à admettre ces différences de régimes juridiques sans fondement légitime.

Profitant d'un contexte politique favorable, le législateur poursuit la juridictionnalisation de l'application des peines avec la loi du 15 juin 2000. À l'image du droit pénitentiaire, le droit

<sup>185</sup> HERZOG-EVANS, Martine. *Les droits de la défense et la prison*. RTDH 2001, n°45, p.37 ; V. Dossier AJ pénal novembre 2004. Nouveauté du droit de l'application des peines. p.385 et s.

<sup>186</sup> Loi n° 86-1021 du 09 septembre 1986 relative à l'application des peines.

<sup>187</sup> Dans un arrêt *Théron* du 09 novembre 1990, le Conseil d'État confirme l'arrêt de principe en déclarant irrecevable une décision relative à des réductions de peine.

<sup>188</sup> À l'origine, les pouvoirs juridictionnels du JAP concernaient essentiellement l'exécution des peines de sursis avec mise à l'épreuve, les TIG et sursis-TIG.

<sup>189</sup> En effet, la Commission d'application des peines (CAP) donnait des avis ou faisait des propositions en ce qui concerne la suspension et le fractionnement de la peine (Art. 720-1 C. pr. pén.), les réductions de peine (Art. 721, 721-1, D.250-1 C. pr. pén.), les placements à l'extérieur, la semi-liberté (Art. 723 C. pr. pén.), les permissions de sortie (Art. 723-3 C. pr. pén.), les autorisations de sortie sous escorte (Art. 723-6 C. pr. pén.), la liberté conditionnelle (Art. 730 C. pr. pén.) et les réductions de temps d'épreuve pour les condamnés réclusionnaires à perpétuité (Art. 729-1 C. pr. pén.).

<sup>190</sup> Loi n° 97-1159 du 19 décembre 1997 consacrant le placement sous surveillance électronique comme modalité d'exécution des peines privatives de liberté.

<sup>191</sup> Loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs.

de l'application des peines n'a pas connu les droits de la défense avant l'entrée en vigueur de la loi "*présomption d'innocence*". L'explication de cet état de fait tient autant du poids séculaire de la tradition et de l'histoire<sup>192</sup> que de la main mise discrétionnaire de l'administration sur l'ensemble du domaine carcéral. L'application des peines découvre les débats contradictoires, la consultation des dossiers, l'intervention de l'avocat, les voies de recours...<sup>193</sup>

En marge de ces progrès, la matière se parcellise entre les compétences juridictionnelles du JAP, les nouvelles juridictions en matière de libération conditionnelle et la survivance des mesures d'administration judiciaire. Dans l'attente d'une grande loi pénitentiaire, à dessein d'unifier l'exécution des peines, appelée des vœux par les auteurs et certains praticiens, l'application des peines ressemble à une mosaïque de régimes judiciaires.

Faute de mobilisation politique satisfaisante inhérente à un calendrier électif défavorable, le projet de loi pénitentiaire est tombé progressivement en désuétude<sup>194</sup>. De manière assez inattendue, la correction de certaines "aberrations juridiques" propres à l'application des peines provient d'un texte à coloration répressive, à savoir la loi du 09 mars 2004. En marge du volet sécuritaire, sous l'influence des JAP, la commission des lois du Sénat<sup>195</sup>, propose la substitution des juridictions d'exception en matière de liberté conditionnelle<sup>196</sup> par celles du droit commun<sup>197</sup>. S'il faut se féliciter de la simplification effectuée, on peut regretter qu'une fois de plus, le législateur n'ait pas définitivement achevé la juridictionnalisation de

---

<sup>192</sup> **PONCELA**, Pierrette. *Droit de la peine*. Éd. Thémis, 2001 ; **HERZOG-EVANS**, Martine. *La gestion du comportement du détenu. Essai de droit pénitentiaire*. Éd. L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, Paris, 1998.

<sup>193</sup> Toute décision d'octroi, d'ajournement, de refus, de retrait ou de révocation des mesures de placement à l'extérieur, de semi-liberté, de fractionnement ou de suspension de peine, de placement sous surveillance électronique ou de libération conditionnelle est prise par jugement motivé du JAP, rendu après débat contradictoire tenu en chambre du conseil (Art. 722 al.6 et D116-7 C. pr. pén.).

<sup>194</sup> Cf. L'Observatoire international des prisons. Les conditions de détention en France. Rapport 2003. La Découverte, pp.33-36.

<sup>195</sup> En réalité, c'est moins les problèmes juridiques inhérents à la matière que le souci de simplification et de cohérence juridique qui ont motivé le législateur à remplacer ces juridictions d'exception par celles de droit commun. À l'origine, le projet de loi Perben II prévoit seulement d'intégrer à l'application des peines une disposition concernant le droit des victimes. Seulement, en 1ère lecture, devant l'Assemblée nationale, les députés proposent de consacrer un chapitre du Code de procédure pénale, aux seules attributions du JAP, dans un souci de clarté afin de regrouper des textes réglementaires dispersés. Ensuite, devant le Sénat, la Commission des lois entend étendre cette volonté de clarté et propose de parachever le travail de mise en cohérence des textes entamés par l'Assemblée nationale, en créant dans le Code de procédure pénale un chapitre consacré non au seul juge de l'application des peines, mais aux juridictions de l'application des peines. Dans cet esprit de simplification, le rapporteur du Sénat, M. François Zocchetto propose de remplacer la JRLC par le Tribunal d'application des peines et la JNLC par une chambre de l'application des peines de la Cour d'appel. La commission sénatoriale fonde cet amendement sur la nécessaire simplification et cohérence de l'organisation judiciaire mais également sur l'impossibilité de se pourvoir en cassation (la juridiction d'appel est déjà une juridiction placée auprès de la Cour de cassation) et enfin, l'activité de la JNLC tend à augmenter régulièrement, ce qui pourrait justifier un examen des appels au sein des Cours d'Appel. Pour information, au 1er janvier 2002, 39 dossiers restaient à traiter par la juridiction nationale de la libération conditionnelle. Au cours de l'année 2002, elle a reçu 119 nouveaux dossiers. Après avoir été mensuelles, les audiences sont devenues bimensuelles, compte tenu du nombre d'affaires à juger. Au 31 décembre 2002, 126 dossiers avaient fait l'objet d'une décision, 32 restaient à juger.

Disponible sur : <http://www.assemblee-nationale.fr/12/dossiers/criminalite.asp> [consulté le 08/07/2007]

<sup>196</sup> Respectivement la juridiction régionale de libération conditionnelle (JRLC) et la juridiction nationale de libération conditionnelle (JNLC).

<sup>197</sup> Soit le JAP et le Tribunal d'application des peines (TAP).

l'application des peines, en supprimant irrémédiablement la notion de mesures d'administration judiciaire<sup>198</sup>.

**155.** L'émergence des droits de la défense au sein de l'application des peines connaît une intégration plus rapide et profonde que le droit disciplinaire pénitentiaire. La nature essentiellement gracieuse<sup>199</sup> de la matière favorise l'exercice concret et effectif des principes du contradictoire et de l'égalité des armes, à l'exception de mesures d'administration judiciaire résiduelles. Pour notre démonstration, nous privilégierons le passage du milieu fermé au milieu ouvert. Aussi, nos développements seront volontairement et essentiellement basés sur les peines restrictives de liberté<sup>200</sup>, et accessoirement sur les peines privatives de liberté.

**156.** Par essence très technique et complexe, l'application des peines reste « *un chantier en construction* »<sup>201</sup> où l'inachèvement des réformes côtoie la persistance de mesures discrétionnaires, auxquels s'ajoutent les problèmes de moyens récurrents pour la justice. Toutefois, le rapprochement de l'application des peines vers le droit processuel commun est indéniable. Pour preuve, ce phénomène se matérialise par la création d'une phase préparatoire partagée (§1) et par une phase décisive plus respectueuse des droits de la défense (§2).

## § 1 – Une instruction partagée

**157.** Le domaine de l'application des peines connaît une manifestation inédite des droits de la défense et des principes en procédure pénale. Pour la première fois, le principal intéressé n'est plus défendeur à l'action, il est demandeur.

---

<sup>198</sup> Les mesures d'administration judiciaire sont à l'application des peines ce que les mesures d'ordre interne sont au droit pénitentiaire. Au fil des réformes et de l'avancée des droits de la défense et des principes processuels du droit commun, elles s'amenuisent et sont inéluctablement amenées à disparaître, puisqu'elles sont les derniers vestiges de droits discrétionnaires. Elles restent cependant importantes en quantité. On dénombrait 109 052 demandes de réductions de peine et 33 786 demandes de permission de sortie en 2003. in Les chiffres clés de l'administration pénitentiaire, janvier 2004, p.7. Depuis le 01 janvier 2005, le calcul des réductions de peine est automatique dès l'entrée en prison. La loi du 09 mars 2004 a inversé le processus en accordant systématiquement à tout détenu un crédit de réduction de peine. Le JAP ne statue plus que sur les demandes de révocation des crédits de réduction de peine pour mauvaise conduite. V. art. D. 115 du C. pr. pén.

Disponible sur : [http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/1\\_ChifDAPmai04.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_ChifDAPmai04.pdf) [consulté le 08/07/2007]

<sup>199</sup> Les procédures contentieuses à l'initiative du parquet ou du JAP lui-même, font figure d'exception. En effet, le JAP est plus régulièrement saisi sur demande du condamné afin d'individualiser sa peine que sur requête du parquet pour une révocation. À titre d'exemple, en l'an 2002, sur 2 250 placements à l'extérieur, le JAP prononça 212 révocations. En ce qui concerne les mesures de semi-liberté et de libération conditionnelle, le ratio de révocation était respectivement de 4.5 % et 3.5 %. in Document de l'administration pénitentiaire intitulé : *Personne placées sous main de justice. Situation au 1<sup>er</sup> janvier 2003, mouvements au cours de l'année 2002, Données nationales et régionales.* Sous direction PMJ, cellule statistique, mai 2003.

<sup>200</sup> Les peines restrictives de liberté sont le plus souvent désignées par les praticiens du droit, travailleurs sociaux, JAP, sous le vocable de milieu ouvert. Dans notre démonstration, il sera essentiellement question des mesures d'application des peines applicables aux détenus, à savoir, le placement extérieur, la liberté conditionnelle, la semi-liberté, le PSE, la suspension de peine, les réductions de peine, les autorisations de sortir... à l'exclusion des SME, TIG, et autres sursis-TIG. Voir également, **TOURNIER**, Pierre. **KENSEY**, Annie. *Placement à l'extérieur, semi-liberté, libération conditionnelle... Des aménagements d'exception.* CESDIP, Études et données pénales 2000, n°84.

Disponible sur : <http://www.cesdip.com/> [consulté le 08/07/2007]

<sup>201</sup> Propos d'un JAP.

La nature gracieuse de l'application des peines favorise énormément le développement des principes du contradictoire et de l'égalité des armes. Ainsi, le condamné est informé de ses droits, il a accès à certains documents et il peut être accompagné d'un conseil dans toutes ses démarches d'aménagement de peine. Il ne dispose pas de moyens d'investigation, mais il peut solliciter l'intervention du JAP en la matière.

Dans la phase préparatoire, il est constaté un accroissement du principe du contradictoire (A) et un développement plus mesuré de l'égalité des armes (B).

## A – Un principe du contradictoire croissant

**158.** Depuis 1997, le contradictoire connaît une expansion horizontale qui se traduit par une augmentation du nombre de mesures soumises à son principe. Son accroissement est proportionnel à la juridictionnalisation de la matière. Et s'il nous faut relever certaines insuffisances, nous constatons par ailleurs une expansion verticale qui se manifeste par une intensification intrinsèque de son contenu. Cet accroissement s'exprime à travers l'information (1) et l'accès au dossier (2).

### 1) Une information en fait et en droit

**159.** La nature essentiellement gracieuse de l'application des peines ne signifie pas que l'effectivité des droits de la défense puisse se dispenser de l'exercice du principe du contradictoire. En amont à toutes demandes d'individualisation d'une peine, le condamné doit, au préalable, être informé des mesures favorables qui lui sont offertes. Les informations auxquelles il a recours en détention<sup>202</sup>, sont générales, approximatives ou réductrices des démarches réelles à effectuer. Dans la bibliothèque de l'établissement pénitentiaire, le libre accès aux livres et codes traitant de la matière, ne renseigne qu'une minorité instruite. En fait comme en droit, l'essentiel de l'information émane des travailleurs sociaux et accessoirement des avocats. Le législateur pose le principe selon lequel il appartient au service pénitentiaire d'insertion et de probation (SPIP) de favoriser « l'accès aux droits et aux dispositifs d'insertion de droit commun des détenus et personnes qui lui sont confiés par l'autorité judiciaire »<sup>203</sup>. En pratique, une obligation générale d'information repose sur le personnel du SPIP, dès le placement sous main de justice de l'individu<sup>204</sup>. Les renseignements concernant spécifiquement la peine se matérialisent ultérieurement, lors d'un entretien

---

<sup>202</sup> Nous pensons aux conversations informelles entre détenus ou entre détenus et surveillants.

<sup>203</sup> Art. D.573 du C. pr. pén. ; Circ. du 21 novembre 2000 relative aux méthodes d'intervention des travailleurs sociaux des SPIP, BOMJ n°81, § 1.1. En outre, dans le cadre du pouvoir d'aménagement de peine du DSPIP (art. 723-20 C. pr. pén.) l'article 4 du Décret n°2004-837 du 20 août 2004 exige le consentement écrit du condamné à la mesure.

Disponible sur : <http://www.justice.gouv.fr/bulletin-officiel/dap81a.htm> [consulté le 08/07/2007]

<sup>204</sup> Circ. du 21 novembre 2000, BOMJ n°81, § 1.1. « À son arrivée dans l'établissement pénitentiaire ou, dès que possible, chaque détenu doit être visité par un membre du service pénitentiaire d'insertion et de probation (art. D.94 ; D.285 al.3 du C. pr. pén.), dans un lieu garantissant la confidentialité (art. D.463, al.2, du C. pr. pén.). L'accueil peut être assuré sous la forme du "module arrivant", tel qu'il est aujourd'hui mis en place dans plusieurs établissements. Ce temps vise à permettre aux différents services intervenant dans l'établissement, et notamment le service pénitentiaire d'insertion et de probation, de présenter leurs missions, d'informer la population pénale des modalités d'accès aux différents dispositifs et activités (travail, formation, sport, enseignement, culture, santé...) existant au sein de l'établissement ».

informel au cours duquel le travailleur social l'avise des mesures d'aménagement qu'il peut solliciter, les conditions d'octroi, les obligations à respecter ou encore la procédure à suivre. Lorsque la situation juridique est potentiellement complexe, l'avocat peut également intervenir à titre de conseil auprès du détenu afin d'établir dans un futur proche un dossier d'aménagement de peine juridiquement viable.

**160.** Le SPIP et le Barreau ne sont pas les seules institutions à participer à l'information du détenu. L'article D.522 du Code de procédure pénale prescrit au greffe de l'établissement pénitentiaire d'aviser en temps utile les condamnés admissibles à une liberté conditionnelle. De même, avec le nouveau système de calcul des réductions de peine<sup>205</sup>, il appartient au greffe pénitentiaire d'informer le condamné dès sa mise sous écrou, de la date prévisible de sa libération<sup>206</sup>. Pour ce faire, le greffe utilise le dossier personnel de chaque condamné pour effectuer les calculs à l'aune des renseignements collectés. À terme, il établit un échancier provisoire des détenus qui peuvent demander à bénéficier des mesures. Il transmet une copie au JAP. Il en informe également les détenus concernés à toutes fins utiles<sup>207</sup>.

**161.** L'extension du principe du contradictoire gagne aussi une autre partie au procès, jusqu'ici totalement ignorée par la procédure d'application des peines, celle de la partie civile. En effet, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2005, les victimes sont informées par le greffe des mesures entraînant la cessation temporaire ou définitive de l'incarcération de la personne condamnée, les concernant<sup>208</sup>. Cette information ne constitue pas seulement une fin en soi – prévenir les victimes de la libération du condamné –, elle s'inscrit également dans la possibilité qui leur est laissée de donner leurs avis sur un projet d'aménagement de peine. En l'espèce, l'ouverture du contradictoire à la partie civile permet, d'une part, de renseigner la victime sur le devenir du condamné, et d'autre part, d'autoalimenter son développement. Le droit pour la victime de donner son avis, le droit d'être entendu, est directement issu de la reconnaissance de son droit à l'information.

**162.** Si nous pouvons regretter l'absence de disposition législative générale prescrivant expressément l'obligation d'information, il faut reconnaître en pratique, une communication suffisante des procédures à l'égard des victimes et des condamnés, en partie complétée pour ces derniers, par l'accès au dossier.

---

<sup>205</sup> Art. D. 515 du C. pr. pén.

<sup>206</sup> Avant le 1<sup>er</sup> janvier 2005, les réductions de peines sont calculées et le détenu en est informé au fur et à mesure de sa détention par le greffe pénitentiaire. Circ. du 26 novembre 1992 (NOR JUS E 9640038C GA3) relative à la gestion des situations pénales et aux relations entre les autorités judiciaires et les greffes des établissements pénitentiaires. À partir du 01 janvier 2005, le système de crédit de réductions de peines s'applique à toutes les personnes détenues. L'article 721 al.4 du Code de procédure pénale prévoit que « *lors de sa mise sous écrou, le condamné est informé par le greffe de la date prévisible de libération compte tenu de la réduction de peine prévue par le premier alinéa, des possibilités de retrait, en cas de mauvaise conduite ou de commission d'une nouvelle infraction après sa libération, de tout ou partie de cette réduction* ».

<sup>207</sup> Contrairement au domaine disciplinaire où l'administration pénitentiaire craignait que le principe du contradictoire remette en cause leur autorité et leur décision (sanction disciplinaire), en l'application des peines, elle n'exerce pas de résistance particulière à l'égard des aménagements de peines. Elle n'est pas impliquée de la même façon dans la nature ou le quantum de la peine, et surtout, elle y trouve certains avantages tels que la possibilité d'intervenir indirectement sur la surpopulation carcérale.

<sup>208</sup> Art. 712-16 et 720 du C. pr. pén.

## 2) Vers un accès au dossier

**163.** La consultation du dossier individuel, élément incontournable à l'exercice du contradictoire est particulièrement nécessaire au condamné pour monter un projet d'aménagement de peine.

Le dossier individuel du condamné est un document particulièrement riche grâce à la multiplicité des sources et la variété des pièces qui le compose<sup>209</sup>. Il comprend des pièces pénales<sup>210</sup> relatives à la décision de condamnation, des pièces pénitentiaires<sup>211</sup> qui font état du comportement disciplinaire du détenu et des pièces inhérentes aux demandes d'aménagement de peine<sup>212</sup>. Une telle diversité de sources d'information collectées en amont de la procédure préfigure en aval, une décision fondée et justifiée sur des éléments connus, à la condition *sine qua non* de les communiquer à toutes les parties. Seulement, cet accès connaît à la fois une insuffisance légale et des difficultés pratiques.

**164.** La première complication est purement structurelle. Elle conjugue l'aspect bicéphale du greffe<sup>213</sup> dans la gestion des peines avec une indigence traditionnelle en matériel et en personnel. En effet, le greffe du JAP rencontre des difficultés pour obtenir du greffe pénitentiaire, les pièces nécessaires à la constitution du dossier individuel<sup>214</sup> de chaque condamné, dont il a la charge<sup>215</sup>. De la même manière, le parquet ne transmet pas toujours les documents obligatoires<sup>216</sup> au greffe. Malgré ces difficultés – bien connues – de circulation de l'information, le réseau s'étend à une troisième institution, le SPIP. Avec la loi du 09 mars 2004, le SPIP s'inscrit désormais dans la constitution des dossiers individuels<sup>217</sup>, en complément et/ou concurremment aux deux autres greffes<sup>218</sup>. Il en résulte un dossier

---

<sup>209</sup> Art. D.116-6 et 77 C. pr. pén. ; Circ. du 18 décembre 2000, BOMJ n°80, § 1.5.

Disponible sur : <http://www.justice.gouv.fr/bulletin-officiel/dacg80i.htm> [consulté le 08/07/2007]

<sup>210</sup> Outre le réquisitoire définitif et la décision définitive de condamnation, il peut comporter le cas échéant les rapports des examens ou expertises médicaux, psychologiques ou psychiatriques, les enquêtes de personnalité, et toutes autres pièces d'investigations.

<sup>211</sup> Il se compose essentiellement de l'avis du représentant de l'administration pénitentiaire (synthèse sur le comportement du condamné) mais il peut également contenir l'ensemble des procédures disciplinaires ou des indications sur le travail, les formations suivies, le cas échéant, au sein de l'établissement pénitentiaire.

<sup>212</sup> Il y figure toutes les décisions relatives à l'exécution de la peine (les transferts, les demandes d'aménagement de peine, les pièces fournies par le condamné à l'appui de sa demande) ainsi que la fiche pénale et le détail sur l'état d'indemnisation des victimes.

<sup>213</sup> La dualité du greffe dans l'application des peines résulte d'une part de la juridictionnalisation de la matière, et d'autre part, de la non judiciarisation du greffe pénitentiaire. Les compétences respectives et mutuelles des greffes, la pluralité d'acteurs et l'alourdissement inhérent des procédures, complexifient le réseau d'informations. Il en résulte fréquemment des divergences de calcul dans la computation des délais pour le bénéficiaire d'aménagement de peine.

<sup>214</sup> Pour ce faire une idée de l'ampleur du travail à fournir, au 31 décembre 2005, la France comptait 59 522 détenus avec un flux au cours de l'année 2005 de 85 540 incarcérations pour 85 215 libérations. Annuaire statistique de la justice. La Documentation française, Éd. 2006, pp.209-215.

<sup>215</sup> Art. D.116-6 du C. pr. pén. Voir également PECHILLON, Éric., HERZOG-EVANS, Martine. *Le droit de l'exécution des peines, problème et enjeux d'une discipline juridique en formation*. Recherche réalisée dans le cadre « Mission de recherche Droit et Justice », Avril 2003, p.278.

<sup>216</sup> Art. D.77 C. pr. pén.

<sup>217</sup> Art. 723-21 du C. pr. pén. et art. 2 du Décret n°2004-837 du 20 août 2004 relatif aux dispositions applicables aux condamnés en fin de peine.

<sup>218</sup> Les difficultés rencontrées sur le réseau avec deux institutions, vont inexorablement s'étendre à la troisième et se complexifier en proportion.

individuel incomplet et distinct d'une institution à une autre. Cet état de fait influence nécessairement la connaissance du détenu par le JAP, et incidemment sa décision. En outre, elle s'ajoute aux difficultés rencontrées par le condamné et son représentant vis-à-vis de l'accès au dossier.

**165.** L'absence de reconnaissance du droit d'accès au dossier individuel par le condamné lui-même constitue un obstacle majeur à l'exercice du principe du contradictoire. Dès l'origine, il est pour le moins déconcertant de constater l'inexistence de ce droit, de l'ensemble des travaux parlementaires de la loi présomption d'innocence, et par conséquent, au sein même du texte, alors qu'il prétend l'instaurer<sup>219</sup>. Cette carence est d'autant plus inexplicable, que le droit disciplinaire pénitentiaire le reconnaît explicitement<sup>220</sup>. Finalement, le pouvoir réglementaire corrige partiellement cette déficience malheureuse. L'article D.116-6 du Code de procédure pénale prévoit la consultation du dossier par le ministère public et par le conseil du condamné. Ce dernier peut le consulter « *sous réserve des exigences du bon fonctionnement du cabinet* » ou en demander copie gratuitement<sup>221</sup> alors que le ministère public l'obtient directement, au moyen d'un "*soit transmis*"<sup>222</sup>. Cependant, la consultation du dossier individuel par le condamné reste entière si ce dernier décide de se défendre seul ?

**166.** Après une omission législative et une défaillance réglementaire, une incertitude juridique entoure la consultation du dossier par le condamné malgré une base normative en sa faveur.

Au sommet de la pyramide des normes, l'article 6 § 3 c) de la Convention européenne des droits de l'homme énonce le principe selon lequel « *tout accusé a droit de se défendre lui-même* »<sup>223</sup>. Une recommandation du Conseil de l'Europe<sup>224</sup> dispose que « *le délinquant ou une personne agissant en son nom doit avoir accès à son dossier individuel à condition qu'il n'y ait aucune atteinte au respect de la vie d'autrui. Le délinquant doit avoir le droit de contester le contenu du dossier* ». Sur le plan interne, en procédure pénale, il existe un principe général d'accès au dossier reconnu par la jurisprudence<sup>225</sup> et le législateur<sup>226</sup>. En

<sup>219</sup> Pour preuve, on dénombre, pas moins de 13 occurrences du terme "contradictoire" dans la loi, dont 2 concernent le chapitre de l'application des peines, 27 occurrences dans le Décret du 13 décembre 2000, et enfin, 108 dans la circulaire du 18 décembre 2000.

<sup>220</sup> Cf. supra n°139.

<sup>221</sup> Décret n° 2001-689 du 31 juillet 2001 et Circ. du 03 août 2001, relative à la délivrance des copies des pièces pénales, BOMJ n°83.

Disponible sur : <http://www.justice.gouv.fr/bulletin-officiel/dsj83b.htm> [consulté le 08/07/2007]

<sup>222</sup> Contrairement au délai minimum de 4 jours en matière d'instruction pour consulter le dossier avant l'audience (Art. 114 C. pr. pén.), l'absence – intentionnelle – de délai en l'espèce, laisse à penser que le dossier est consultable, dès que l'avocat est convoqué, soit quinze jours avant l'audience. in **HERZOG-EVANS**, Martine. *Droit de l'application des peines*. Éd. Dalloz référence, 2002, p.446.

<sup>223</sup> Il pourrait nous être rétorqué que la différence de statut juridique entre un accusé et un condamné dans notre ordonnancement interne, justifie l'application du principe pour le premier et explique le rejet pour le second. Dans ce but, il faudrait ignorer la jurisprudence constante de la Cour européenne qui octroie au terme « accusé » un sens générique qui concerne toute personne convoquée à s'expliquer devant une juridiction pénale.

<sup>224</sup> Recommandation R (92) 16 adoptée par le Conseil des ministres de l'Europe le 19 octobre 1992, spé. règle 62.

Disponible sur : <http://cm.coe.int/ta/rec/1992/f92r16.htm> [consulté le 08/07/2007]

<sup>225</sup> Arrêt Cass. crim. 16 juin 1996, Bull. crim. n°343. JCP 1997, I, 3998, chron. A. Maron ; Procédures 1997, Comm. n°101, obs. J. Buisson.

<sup>226</sup> Loi n° 96-1235 du 30 décembre 1996 et le Décret n°97-180 du 28 février 1997.

outre, une circulaire<sup>227</sup> précise que « *le dossier individuel tenu par les acteurs sociaux peut faire l'objet d'une communication à la demande du condamné* ». Au surplus, une jurisprudence constante de la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA)<sup>228</sup> ne cesse d'affirmer le caractère « *communicable* » des documents pénitentiaires. En effet, il serait assez paradoxal de refuser la consultation de pièces auparavant consultées tel que les procédures d'instruction, ou notifiée comme l'ensemble des décisions judiciaires et disciplinaires.

Enfin, la communication des pièces du dossier est un enjeu essentiel pour la demande d'aménagement de peine. Au-delà des informations contenues, elle permet notamment, de préparer un projet de sortie (une semi-liberté, une libération conditionnelle...) ou encore de confronter et d'évaluer un projet préconstitué avec les différents éléments du dossier.

En définitive, les pratiques diffèrent selon les juridictions ou les établissements pénitentiaires et fluctuent au gré de la jurisprudence. Toutefois, il est possible d'en décrire les grandes lignes et les différents types de pratiques rencontrées. Dans la réalité judiciaire, les condamnés n'ont pas accès à leur dossier dans son intégralité pour des raisons tenant autant à la sécurité des personnes, qu'aux règles de sûreté propres aux établissements pénitentiaires<sup>229</sup>. À l'exception des pièces administratives, libres d'accès et de copie<sup>230</sup>, les autres pièces du dossier individuel sont soumises à l'accord préalable de l'institution signataire du document<sup>231</sup>. Ainsi, pour l'accès aux expertises médicales, psychologiques ou psychiatriques, l'administration pénitentiaire sollicite l'avis du médecin traitant. Pour les pièces pénales, elle sollicite le JAP ou le ministère public. La consultation comme la copie s'effectue de manière fragmentée auprès du greffe pénitentiaire et exige du condamné persévérance et abnégation.

S'il est possible de conclure à une expansion croissante du contradictoire, il faut également reconnaître cette qualité au principe de l'égalité des armes.

## B – Un principe de l'égalité des armes en devenir

**167.** Les lois du 15 juin 2000 et du 9 mars 2004 alignent les procédures juridictionnelles d'application des peines sur le droit processuel commun. Le JAP, véritable juridiction du premier degré, possède un pouvoir d'enquête auquel le détenu peut non seulement avoir accès mais également y participer activement et personnellement ou par

---

<sup>227</sup> Circ. du 21 novembre 2000 relative aux méthodes d'intervention des travailleurs sociaux des SPIP, BOMJ n°81, § 6.2.3.

Disponible sur : <http://www.justice.gouv.fr/bulletin-officiel/dap81a.htm> [consulté le 08/07/2007]

<sup>228</sup> CADA, 2 mai 2002, Aff. 20021858BK ; CADA, 3 mai 2001, Aff. 20011369BK. in **HERZOG-EVANS**, Martine., **CERE**, Jean-Paul., **PECHILLON**, Éric. *Actualité du droit de l'exécution des peines*. D. 2003, p.919 ; D.2004, p.1096.

<sup>229</sup> Il est légitime de restreindre le droit d'accès du condamné en ce qui concerne toutes les pièces relatives aux données personnelles ou faisant état de la situation de la victime.

<sup>230</sup> Cf. art. 4b de la Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public, modifiée par la Loi n°2000-321 du 04 décembre 2000, art. 7 JORF 13 avril 2000. En dépit du principe de libre accès aux documents administratifs, le Garde des sceaux, dans une note interne du 05 janvier 2004, reconnaît à la fois la nature administrative de la fiche d'écrou, et invite dans le même temps, les chefs d'établissement à ne pas autoriser les détenus "usagers" à conserver le document. Cette atteinte au principe de libre accès a été condamnée par le TA de Limoges du 25 mars 2004, req. n°031090 et étendue à la fiche pénale. in **PECHILLON**, Éric. *Exécution des peines*. AJ pénal 2004, jurisp. p.293.

<sup>231</sup> Le dossier individuel du détenu se compose de 5 parties. Pour les pièces médicales, la consultation est soumise à l'accord du médecin signataire du rapport, pour les pièces pénales, il faut l'accord du ministère public.



l'intermédiaire de son avocat. Si l'accroissement horizontal du principe de l'égalité des armes est semblable à celui du contradictoire, en revanche, son intensification est plus mesurée.

Il se manifeste par la présence effective de l'avocat aux côtés du détenu (1) et par une inégalité d'investigation compensée (2).

### 1) *La présence effective de l'avocat*

**168.** La présence d'un conseil auprès du condamné pendant la préparation de l'individualisation de la peine, concourt à l'égalité des armes, même s'il subsiste quelques difficultés. La loi du 15 juin 2000, à l'origine de la juridictionnalisation de l'application des peines et de l'arrivée de l'avocat, a vu naître ce principe. Mais parce que le droit à l'avocat n'est pas une fin en soi, il n'est pas autosuffisant. Pour aller au-delà des apparences et remplir ces missions d'aide, de conseil et de représentation, le législateur doit lui en donner les moyens, tant processuels que financiers. Aussi, l'octroi de telles ressources entraîne la présence effective de l'avocat qui concrétise les principes du contradictoire et de l'égalité des armes afin de garantir les droits de la défense. Cette cascade immuable démontre la fragilité des droits de la défense quand à l'importance cruciale des moyens mis en œuvre à l'origine, et le nombre de maillons configure les risques à intégrer si l'un d'entre eux est déficient.

La clef de voûte indispensable à une présence effective et concrète de l'avocat auprès du détenu passe indubitablement par une rétribution financière suffisante. En raison d'une clientèle socialement et économiquement en difficulté<sup>232</sup>, le droit à un avocat serait resté "lettre morte", sans la prise en charge de son intervention au titre de l'aide juridictionnelle<sup>233</sup>. Si cette intervention n'appartient pas au pénal d'urgence sur un plan strictement financier, lorsqu'une urgence se présente, le JAP a cependant recours à la cellule de coordination du Barreau afin d'obtenir dans les plus brefs délais, un avocat<sup>234</sup>. Il est en effet indispensable que l'avocat communique régulièrement et en toute confidentialité avec son client. Généralement, la préparation du dossier s'effectue essentiellement par voie épistolaire ou par téléphone. Pour y parvenir, le pouvoir réglementaire a harmonisé les droits de visite et de correspondance sur le dénominateur le plus favorable au condamné<sup>235</sup>. Les visites se déroulent, sauf urgence, tous les jours, aux heures fixées par le règlement intérieur de l'établissement après avis du bâtonnier de l'ordre des avocats dans des parloirs spécifiques garantissant la confidentialité

<sup>232</sup> Cf. supra n°129.

<sup>233</sup> Pour son intervention, il perçoit une indemnité de 87.80 € soit 4 unités de valeur (ou 131.70 € soit 6 UV si le débat a lieu en détention). Cf. Décret n°2003-853 du 05 septembre 2003. Malgré l'absence de données statistiques sur sa présence à l'audience, les praticiens avancent un taux de 90 %. L'entrée en vigueur de la loi présomption d'innocence – initialement prévue pour le 01 janvier 2001 mais repoussée pour des carences en personnels – est concomitante avec la mise en œuvre de l'aide juridictionnelle (Décret n°2001-512 du 14 juin 2001).

<sup>234</sup> Nous pensons notamment aux saisines d'urgence en vue d'une révocation de la mesure. En outre, il nous faut signaler la présence obligatoire de l'avocat en ce qui concerne les détenus mineurs. Les règles de désignation de l'avocat sont très proches de celles relatives à l'instruction. Cf. art. D.116-5 C. pr. pén. ; et § 2.2.4 Circ. du 18 décembre 2000, BOMJ n°80.

<sup>235</sup> Le Décret n°2000-1213 du 13 décembre 2000 aligne le sort des condamnés sur celui des prévenus, plus favorable, en ce qui concerne les visites et les correspondances avec leur avocat. Les articles D.411 et D.419 du Code de procédure pénale ne distinguent plus selon que l'avocat a ou non assisté précédemment le condamné et, dans le cadre de la nouvelle procédure d'octroi des aménagements de peine, les permis de visite ne sont plus délivrés par les chefs d'établissement mais par le JAP ou son greffier (art. D.116-4 C. pr. pén.). Ainsi, le pouvoir réglementaire étend les droits de visite et de correspondance sur le statut de la défense en phase d'instruction.

des entretiens<sup>236</sup>. Dans les maisons centrales et les centres de détention, la visite a lieu à l'heure et au jour convenus préalablement avec le chef d'établissement<sup>237</sup>. De même, la confidentialité des correspondances manuscrites<sup>238</sup> est garantie, contrairement aux communications téléphoniques<sup>239</sup>.

**169.** Cependant, les avocats connaissent parfois des difficultés à s'entretenir avec leur client. Il arrive que « *le chef d'établissement impose les rencontres condamnés/avocats au moment même des visites familiales* »<sup>240</sup> ou que « *l'utilisation du téléphone varie d'un établissement pénitentiaire à l'autre, sans que cela ne soit nécessairement induit par le type d'établissement* »<sup>241</sup>.

En outre, un autre obstacle redondant au principe de l'égalité des armes surgit en ce qui concerne les condamnés étrangers. À l'image de la procédure d'instruction disciplinaire<sup>242</sup>, le droit à l'interprète ne figure pas dans les textes consacrés à l'application des peines. Seules des dispositions réglementaires<sup>243</sup> fixent son intervention, à la demande du JAP, lors du débat contradictoire. Quid de son intervention lors de l'instruction du dossier ? La difficulté n'est pas seulement légale, elle est surtout budgétaire. Actuellement, il n'existe pas de crédits budgétaires pour financer son intervention pendant la phase d'instruction. L'indigence légale associée aux carences financières portent nécessairement atteinte à l'exercice des principes du contradictoire et de l'égalité des armes. La barrière de la langue interrompt toute communication, tout travail d'aménagement de peine entre le condamné et le travailleur social, ou l'avocat.

Cette hypothèse particulière du condamné étranger dénote l'extrême fragilité du respect "concret et pratique" des principes. L'information, la communication des pièces, l'aide des travailleurs sociaux ou les conseils d'un avocat, aussi efficaces soient-ils, peuvent être remis en cause par un élément aussi simple que la langue et sa compréhension. Aussi, faute de recours légal à un interprète, il est fait appel à un traducteur "maison"<sup>244</sup> avec tout ce que cela comporte d'aléas sur sa présence et d'approximations dans sa traduction.

---

<sup>236</sup> Art. D.68 C. pr. pén.

<sup>237</sup> Art. D.411 C. pr. pén.

<sup>238</sup> Art. D.419 C. pr. pén.

<sup>239</sup> Art. D.417 C. pr. pén.

<sup>240</sup> « *Il résulte pour le condamné une obligation de faire un choix entre sa famille et l'aménagement de sa peine* ». in PECHILLON, Éric., HERZOG-EVANS, Martine. *Le droit de l'exécution des peines, problème et enjeux d'une discipline juridique en formation*. Recherche réalisée dans le cadre « Mission de recherche Droit et Justice », Avril 2003, p.276.

<sup>241</sup> « *À titre d'exemple, l'accès au téléphone est libre et illimité au centre de détention de Val-de-Reuil où les appareils fonctionnent à l'aide de cartes téléphoniques* ». in CLIGMAN, Olivia., GRATIOT, Laurence., HANETEAU, Jean-Christophe. *Le droit en prison*. Coll. États de droits, Éd. Dalloz 2001, p.249. Aussi, à l'inégalité juridique s'ajoute une inégalité géographique arbitraire. Esseulé au plan européen – la plupart de ses voisins européens autorisent les appels téléphoniques – la position anachronique de l'État français lui attire également les foudres répétées du Comité européen de Prévention de la Torture à chacun de ces rapports. Rapport de la visite du CPT en France du 27 octobre au 8 novembre 1991 ; du 6 au 18 octobre 1996 ; du 14 au 26 mai 2000 ; du 11 au 17 juin 2003. Éd. du conseil de l'Europe, CPT/Inf (93) 2, § 131 et s. ; CPT/Inf (98) 7, § 147-150 ; CPT/Inf (2001) 10, § 116 ; CPT/Inf (2004) 6, § 42.

Disponible sur : <http://www.cpt.coe.int/fr/etats/fra.htm> [consulté le 08/07/2007]

<sup>242</sup> Cf. supra n°141.

<sup>243</sup> Art. D.116-9 al.3 du C. pr. pén. et § 4.2 Circ. du 28 mai 2001, BOMJ n°83.

<sup>244</sup> Pour pallier ces déficiences institutionnelles, les détenus ou le personnel pénitentiaire peuvent parfois servir de traducteur. Par ailleurs, il existe des réseaux parallèles d'interprètes, issus du monde associatif qui interviennent également en prison, à titre gracieux.

Nonobstant ces difficultés pragmatiques, l'avocat est présent pendant l'instruction. Mais, il est privé de moyens d'investigation, comme son client.

## 2) Une inégalité d'investigation compensée

**170.** L'absence de reconnaissance légale des demandes d'enquête et d'investigations sollicitées par le condamné, ne porte pas nécessairement atteinte au principe de l'égalité des armes. La participation active du condamné à l'établissement de son dossier d'aménagement de peine poursuit et complète généralement les mêmes desseins que les pouvoirs d'enquête du JAP.

Pourtant, *a priori*, la disproportion dans la répartition des pouvoirs d'enquête tend à manifester une inégalité des armes. L'article 6 § 3 d) de la Convention européenne des droits de l'homme qui accorde à l'accusé, et par extension au condamné, le droit d'auditionner des témoins et des experts<sup>245</sup>, s'oppose à cette non reconnaissance. De même, les moyens d'investigation concédés au condamné ne semblent guère différents de ceux octroyés avant la juridictionnalisation<sup>246</sup> ou de ceux déniés aux mesures d'administration judiciaire<sup>247</sup>. Ils ont en commun une carence de pouvoirs d'enquête face à un magistrat instructeur. Une telle situation juridique est généralement révélatrice d'une inégalité des armes, or en l'espèce, la nature essentiellement gracieuse de l'application des peines tend à compenser ce déséquilibre apparent.

**171.** Les lois du 15 juin 2000 et 9 mars 2004 reconnaissent dans le JAP, une juridiction du premier degré, à part entière. Cette reconnaissance ouvre au détenu, un droit d'accès direct au juge<sup>248</sup>, sous réserve d'un certain formalisme<sup>249</sup>. Il a le droit de saisir un magistrat afin d'être entendu. Ensuite, le JAP est chargé de mener une véritable instruction préparatoire – à charge et à décharge – afin de vérifier, d'une part, la situation matérielle, familiale et sociale du condamné, et d'autre part, déterminer si possible le degré de dangerosité, et de risque pour l'ordre public<sup>250</sup>. Pour ce faire, il dispose de tout l'arsenal probatoire judiciaire qui s'étend de la simple audition à l'expertise en passant par « *toutes autres mesures utiles* »<sup>251</sup> dont l'exécution sur le terrain est principalement confiée au SPIP<sup>252</sup> et si nécessaire, aux autorités de police et de gendarmerie.

---

<sup>245</sup> MAIL-FOUILLEUL, Stéphane. *Les droits de la défense et le juge de l'application des peines*. Dr. pénal, Février 2001, p.7.

<sup>246</sup> Pour contourner l'insuffisance de moyens d'investigation, le condamné sollicitait auprès du JAP l'exécution d'une expertise, d'une enquête ou d'une audition de témoins, sans que ce dernier soit obligé d'y répondre favorablement.

<sup>247</sup> HERZOG-EVANS, Martine. *Droit de l'application des peines*. Éd. Dalloz référence, 2002, pp.381-383.

<sup>248</sup> Avant la loi présomption d'innocence, le condamné n'avait pas directement accès au juge. Cette anomalie juridique coïncidait fort logiquement avec la carence législative de juridiction : le JAP prenait des décisions non motivées donc insusceptibles d'appel. Il n'était pas considéré comme une juridiction, donc, le condamné ne pouvait pas se prévaloir du statut de demandeur ou de requérant. Finalement, c'est l'administration pénitentiaire qui saisissait le JAP. Mais ce dernier n'était pas dans l'obligation d'y répondre, et dans cette hypothèse, l'accès au juge lui était refusé.

<sup>249</sup> Art. D.116-7 C. pr. pén.

<sup>250</sup> Art. D.523 C. pr. pén.

<sup>251</sup> À l'instar du juge d'instruction qui possède un pouvoir d'investigation étendu avec l'article 81 du Code de procédure pénal, le JAP dispose aussi des mêmes prérogatives avec la combinaison des articles D. 116-1 et D. 526 du même code. La loi du 09 mars 2004 reprend l'essentiel des dispositions de ces articles sous l'article 712-

**172.** Par ailleurs, il nous faut noter l'arrivée d'un protagoniste de poids, la partie civile. Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2005, la victime est en droit de donner son avis sur l'aménagement de peine du condamné<sup>253</sup>. La prise en compte des intérêts de la victime par le JAP au moment de l'instruction du dossier ne constitue ni une nouveauté, ni un bouleversement des forces en présence. Elle est nécessaire et légitime. Le JAP l'a toujours considéré avant de prendre sa décision<sup>254</sup>. Seulement, à présent, elle ne transparaît plus uniquement à travers sa parole, mais de façon plus directe, sous forme d'un avis écrit. Ce moyen d'expression libre et direct de la victime est certainement une avancée importante dans la reconnaissance de son statut en cette matière. En pratique, il garde une portée relative sur la décision du JAP<sup>255</sup>.

**173.** En ce qui concerne le condamné, malgré une absence de reconnaissance légale de pouvoirs d'investigations, les textes ne le privent pas pour autant d'effectuer certaines formalités. Pour preuve, il est non seulement à l'origine, mais, il participe de façon active<sup>256</sup> à de nombreuses démarches administratives, judiciaires, professionnelles et familiales nécessaires à la préparation du dossier d'aménagement de peine. La nature gracieuse de la procédure encourage le condamné à collaborer à la constitution de sa demande avec le JAP et le SPIP, afin de prouver ses efforts de réinsertion, et son absence de dangerosité. À cette fin, il coopère à toutes les diligences du magistrat et tente d'apporter avec l'aide de son avocat et des travailleurs sociaux, toutes les pièces justifiant le sérieux de son projet de réinsertion sociale<sup>257</sup>. Dans le nouveau cadre de l'article 723-20 du Code de procédure pénale, les pouvoirs d'enquête délégués au SPIP<sup>258</sup> servent indirectement les intérêts du condamné. En pratique, il faut reconnaître que les démarches entreprises par le requérant pour étayer sa demande, sont régulièrement les mêmes, que celles diligentées par le JAP ou le SPIP afin de s'assurer de l'authenticité de ses prétentions. C'est pourquoi, l'atteinte au principe de l'égalité des armes demeure très relative.

---

16 C. pr. pén. à compter du 01 janvier 2005. Ce pouvoir d'investigation de droit commun est ouvert à toutes les juridictions l'application des peines (JAP, TAP et chambre de l'application des peines).

<sup>252</sup> Au 1<sup>er</sup> janvier 2006, 146 567 personnes sont suivies par les 103 SPIP au titre d'au moins une mesure, soit avant le jugement (suivi pré-sentenciel), soit après, pour l'exécution d'une peine. in Les chiffres clés de l'administration pénitentiaire, janvier 2006, p.9.

Disponible sur : [http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/1\\_chiffrescles2006.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_chiffrescles2006.pdf) [consulté le 08/07/2007]

<sup>253</sup> Art. 712-16 et 720 C. pr. pén.

<sup>254</sup> Art. D.116-1 et D.526 C. pr. pén. ; Circ. du 18 décembre 2000, BOMJ n°80, § 1.6. L'indemnisation des victimes est l'une des conditions légales nécessaires à l'aménagement d'une peine.

<sup>255</sup> L'intervention de la partie civile dans l'instruction de l'aménagement de peine ne constitue pas une révolution car seul le moyen d'expression change, le fond, le contenu des intérêts pris en considération reste inchangé.

<sup>256</sup> Par l'intermédiaire de son conseil, du travailleur social ou d'un membre de sa famille, il entreprend les démarches nécessaires pour satisfaire aux critères de sélection de l'aménagement de peine. elles prennent la forme d'un certificat d'hébergement, un certificat de travail, un état de l'indemnisation des victimes, une formation, des témoignages, ou des diplômes...

<sup>257</sup> Derrière cette "collaboration", se dissimule une volonté d'encourager le détenu à s'impliquer personnellement dans l'aménagement de sa peine afin d'obtenir à court terme son adhésion, et à long terme une meilleure garantie de réinsertion sociale, et surtout un outil de lutte contre la récidive. Par ailleurs, l'investissement personnel du condamné peut se révéler fort positif. En effet, lorsque le projet est non seulement viable mais argumenté et fondé, le JAP peut sans délais octroyer la mesure, après accord du ministère public (Art. D.49-1 C. pr. pén.). Preuve est ainsi faite de l'importance cruciale que l'intéressé et son conseil doivent témoigner à la réalisation du projet d'individualisation de la peine.

<sup>258</sup> Art. 3 du Décret n°2004-837 du 20 août 2004.

174. Cependant, il subsiste des hypothèses pour lesquelles cette déficience d'investigations porte nécessairement atteinte au principe.

Les mesures d'administration judiciaire, et plus spécifiquement les réductions de peine, ne connaissent pas de phase d'instruction telle que le droit commun l'organise. Les décisions du JAP sont préparées à l'avance par le greffe pénitentiaire, lequel les valide le plus souvent en Commission d'application des peines (CAP)<sup>259</sup>. Au plus fort des investigations, une succession d'avis des membres de la Commission – dont le ministère public, membre de droit – contribue à une enquête rapide, en l'absence du principal intéressé<sup>260</sup>. Mais existe-t-il une atteinte au principe lorsque plus de 90 % des demandes sont satisfaites ? L'existence d'une inégalité est indépendante de la nature même de la décision<sup>261</sup>. Réduction de peine accordée ou refusée, le condamné n'est pas à l'origine de la saisine, ni à l'initiative des investigations. Il n'est ni convoqué, ni entendu. Il est totalement exclu, même s'il en reste le principal objet. En ce qui concerne les permissions de sortir et les autorisations de sortir sous escorte<sup>262</sup>, le détenu demeure étranger à la procédure. Il est absent de l'enquête.

De même, lorsque la procédure d'application des peines devient contentieuse<sup>263</sup>, la phase d'instruction est quasiment inexistante. Le condamné retrouve une position de défense – peu commune en la matière – dans laquelle, il est amené à s'expliquer afin de conserver le bénéfice de sa mesure, sans pour autant disposer des moyens d'investigations nécessaires et des droits suffisants pour se défendre. L'urgence relative de la procédure précipite le temps de l'audience et réduit d'autant le délai nécessaire à sa préparation. L'accès à la procédure, l'entretien avec le conseil et la stratégie de défense, sont contractés en un temps circonscrit entre la convocation et l'audience, qui n'est soumis à aucun délai légal<sup>264</sup>. L'instruction diligentée par le JAP est généralement succincte. D'un point de vue strictement légal, il n'est pas tenu de répondre aux demandes d'acte de la défense. De plus, en pratique, les manquements du détenu nécessitent peu d'investigations en raison de la flagrance des faits et de la relative simplicité à les prouver<sup>265</sup>. Les pièces de l'enquête se réduisent donc à un rapport d'incident faisant état de ses fautes. En attendant, le magistrat peut prendre une

---

<sup>259</sup> En 2003, sur 109 052 réductions de peine examinées, 99 829 ont été accordées, soit un taux de 91,50 %. in Les chiffres clés de l'administration pénitentiaire, janvier 2004, p.7.

Disponible sur : <http://www.justice.gouv.fr/index.php?rubrique=10036&ssrubrique=10041&article=11992> [consulté le 08/07/2007]

<sup>260</sup> Lorsque la durée moyenne d'un dossier devant la CAP ne dépasse pas les trois minutes, est-il encore opportun de parler d'enquête ou d'instruction ?

<sup>261</sup> Il ne faut pas confondre son existence avec sa reconnaissance judiciaire. La satisfaction des demandes intercède indubitablement sur l'opportunité d'une contestation en justice, qui en l'espèce n'est pas reconnue, mais elle reste sans effet sur son existence.

<sup>262</sup> HERZOG-EVANS, Martine. op. cit. p.327 et 383.

<sup>263</sup> L'hypothèse la plus courante provient d'une requête du ministère public ou d'une auto saisine du JAP afin de demander le retrait ou la révocation d'un aménagement de peine, suite à une faute du condamné (non respect des obligations judiciaires, nouvelles poursuites pénales, évasion...). Cf. Art. 722 al.6 C. pr. pén. Pour information, en 2002, on comptait 212 révocations sur 2 250 placements extérieurs, soit un ratio de 9.4 %. Il est respectivement de 4.5 % et 3.5 % pour les mesures de semi-liberté et de libération conditionnelle. in Document de l'administration pénitentiaire intitulé : *Personne placées sous main de justice*. Situation au 1<sup>er</sup> janvier 2003, mouvements au cours de l'année 2002, Données nationales et régionales. Sous direction PMJ, cellule statistique, mai 2003.

<sup>264</sup> Le délai légal de droit commun de 15 jours ne s'applique pas au cas d'urgence. Cf. art. D116-9 C. pr. pén. et Circ. du 18 décembre 2000, BOMJ n°80, § 2.3.3.3.

<sup>265</sup> À titre d'exemple, le non respect des heures ou des limites territoriales imposées par un PSE, la non réintégration de l'établissement pénitentiaire suite à une semi-liberté ou l'interpellation du détenu suite à la commission d'une infraction ou à l'intimidation de la victime, constituent des fautes flagrantes

ordonnance d'incarcération provisoire<sup>266</sup>. Aussi, au terme de la phase d'instruction, si les manquements du condamné ne font guère l'objet de discussions, en revanche, sa position dans la procédure est particulièrement critiquée<sup>267</sup> et déséquilibrée. Elle manifeste une atteinte au principe de l'égalité des armes.

**175.** Au stade de l'instruction, les imperfections mesurées à l'égard du principe du contradictoire et surtout de l'égalité des armes ne sont toutefois pas de nature à remettre en cause le mouvement plus profond et plus intense d'extension des droits de la défense en matière d'application des peines. Pour preuve, il se confirme pendant la phase d'audience.

## § 2 – Vers une audience équilibrée

**176.** À l'audience<sup>268</sup>, les décisions juridictionnelles, de plus en plus nombreuses, sont désormais considérées comme le droit commun de l'application des peines. Elles laissent aux principes du contradictoire et de l'égalité des armes toute la liberté de s'exprimer afin de garantir l'exercice des droits de la défense. À l'opposé, les mesures d'administration judiciaire sont indiscutablement critiquées et isolées. Leur régime non contradictoire et inégalitaire supporte de moins en moins la comparaison avec le droit commun. Aussi, le législateur tente de modifier la nature des secondes à dessein de les rapprocher des premières. Il convient donc de distinguer les décisions juridictionnelles (A) des mesures d'administrations judiciaires (B).

### A – Les décisions juridictionnelles

**177.** Devant les juridictions judiciaires de l'application des peines, au moment de l'audience, les droits de la défense sont garantis par un principe contradictoire affirmé (1) et un principe de l'égalité des armes respecté (2). Néanmoins, certaines atteintes aux droits de la défense persistent.

#### *1) Un principe du contradictoire affirmé*

**178.** Le débat contradictoire s'impose dorénavant comme un principe incontournable de la procédure d'application des peines. Il s'applique non seulement aux décisions juridictionnelles du JAP, mais également à celles du tribunal d'application des

---

<sup>266</sup> Art. 125 C. pr. pén.

<sup>267</sup> MAIL-FOUILLEUL, Stéphane. loc. cit. p.7.

<sup>268</sup> Face à la polémique doctrinale et réglementaire sur le point de savoir si le débat contradictoire, qui a lieu devant les juridictions d'application des peines, constitue ou non une audience, nous considérons au visa de sa définition, qu'il s'agit d'une audience malgré sa non reconnaissance réglementaire. En ce sens HERZOG-EVANS, Martine. *Droit de l'application des peines*. Éd. Dalloz référence, 2002, p.432.

peines (TAP)<sup>269</sup>. La juridictionnalisation des peines et l'instauration de débats contradictoire apportent aux décisions les fondements d'une justice équitable et impartiale. Les mesures prononcées hier en commission d'application des peines (CAP) font aujourd'hui l'objet d'une procédure judiciaire devant le JAP. Le contradictoire instaure un pluralisme équipollent entre des intérêts divergents. Il conditionne une certaine représentativité des forces en présence et détermine leur droit d'être entendue et si besoin, d'être confrontée.

Aussi, l'extension horizontale du principe du contradictoire, constatée pendant l'instruction, est symétriquement reportée lors de l'audience. Le champ d'application reste inchangé, mais son intensité ne connaît ni précédent ni équivalent. Le débat s'apparente à un centre de gravité vers lequel tous les intérêts partisans convergent pour discuter de l'opportunité de la mesure, au cours d'un dialogue organisé et maîtrisé. En pratique, il est proche des débats contradictoires que connaît le Tribunal correctionnel.

Le jour de l'audience, le JAP – ou le président du TAP – procède à l'instruction définitive de l'affaire. Le condamné avec l'assistance de son avocat, expose les différents arguments qui plaident en faveur de la mesure sollicitée. En tant que demandeur, la charge de la preuve lui incombe<sup>270</sup>. Dans ce but, la consultation préalable du dossier est essentielle, et notamment l'avis écrit des services pénitentiaires. La connaissance de leurs opinions et argumentations, parfois divergentes, permet d'y répondre plus efficacement, et le cas échéant de contre argumenter.

Aucun texte n'organise formellement la distribution de la parole, aussi, la pratique se réfère-t-elle aux habitudes en matière pénale. Le président instruit l'audience et organise les débats. Après la présentation du projet, il sollicite l'avis des différentes parties. Un échange de question/réponse entre les participants permet au magistrat de récolter des informations précieuses pour fonder sa décision<sup>271</sup>. À l'issue du débat, le parquet fait entendre ses réquisitions et l'avocat sa plaidoirie. La défense a toujours la parole en dernier, c'est un principe général de droit immuable<sup>272</sup>. L'organisation formelle de l'audience – à l'image des débats correctionnels – favorise incontestablement l'épanouissement du contradictoire, et incidemment, participe inexorablement à son rapprochement du droit processuel commun.

**179.** Le débat contradictoire apporte un nouvel éclairage du dossier à la fois complémentaire et différent de celui de l'instruction. La comparution du détenu<sup>273</sup> et l'oralité de la discussion mettent en œuvre une autre forme de contradictoire, complémentaire de celle de l'écrit. L'argumentation juridique, le respect des critères légaux, l'intonation, le vocabulaire, le comportement ou encore la gestuelle du condamné, forment un ensemble à la fois hétéroclite et supplétif, d'éléments objectifs et subjectifs. « *Les débats contradictoires*

<sup>269</sup> Art. 712-6 et 712-7 C. pr. pén. Le débat concerne les mesures de placement à l'extérieur, de semi-liberté, de fractionnement et suspension des peines, de placement sous surveillance électronique, de libération conditionnelle et de relèvement de la période de sûreté.

<sup>270</sup> Dans l'hypothèse où l'audience est à l'initiative du ministère public en vue d'une révocation de la mesure, il appartient à ce dernier de rapporter la preuve d'un manquement à une obligation légale constitutif d'une faute.

<sup>271</sup> L'extrême variété des situations, des procédures et autres incidents entraîne le débat contradictoire à connaître une grande amplitude de discussion qui oscille entre la concision elliptique et l'approfondissement superficiel.

<sup>272</sup> Cass. crim. 20 février 1913, DP 1916. I, 181 ; Cass. crim. 16 janvier 1996, Bull. crim. n°23. Art. 346 CPP.

<sup>273</sup> Le code garanti la présence effective du condamné à l'audience. Cf. Art. D. 116-10-1 et D. 528-1 C. pr. pén. En l'absence du condamné, le code propose le renvoi de l'audience à une date ultérieure, ou le constat par procès-verbal du non lieu à statuer (ce qui lui laisse la possibilité de faire une nouvelle demande). En outre, « *lors du débat contradictoire au sein de l'établissement pénitentiaire, toutes dispositions utiles doivent être prises pour que sa présence soit assurée et pour lui permettre, le cas échéant, de s'entretenir avec son conseil avant l'ouverture du débat* ». Circ. du 28 mai 2001, BOMJ n°83, § 3.1. Ainsi, l'ensemble de ces mesures prophylactiques rend effectif la comparution, principe consubstantiel au contradictoire.

*sont par essence de nature à faire émerger la vérité, qui, concernant l'application des peines, consiste à la détermination des conditions d'aménagements des peines, notamment sur le plan social et comportemental* <sup>274</sup> ». À l'audience, ils apportent une réponse aux enjeux<sup>275</sup> respectifs des parties. Pour le condamné, le débat est une épreuve. C'est la première et unique fois où il lui est laissé l'opportunité de faire entendre son point de vue *in personam*, de confronter sa conviction et son projet d'aménagement de peine, dans le but de prouver son absence de dangerosité et sa volonté de réinsertion sociale. En ce sens, le contradictoire permet de garantir les droits du condamné, mais pas uniquement. Pour la juridiction, les éléments de droit et de fait, le comportement et l'attitude du détenu à l'audience offrent au magistrat une autre perspective du dossier, que celle résultant de sa seule lecture. Par conséquent, le contradictoire ne se contente pas seulement de garantir les droits de la défense, il garantit également une justice de qualité, qui permet autant que faire se peut d'approcher la vérité.

**180.** Parallèlement à cette procédure, le Code de procédure pénale prévoit également une procédure simplifiée sans débat contradictoire à l'audience<sup>276</sup>. Pourtant, cette dernière est qualifiée de contradictoire, et elle n'entraîne pas d'atteintes particulières aux droits de la défense.

Il est singulier d'affirmer un tel postulat à l'intérieur même d'une démonstration qui veut prouver le contraire. Cependant, cette singularité juridique s'explique. Le JAP peut se dispenser d'un débat contradictoire dès lors qu'il fait droit à l'aménagement de peine sollicité par le condamné, après l'accord exprès du ministère public. Lorsque l'ensemble des acteurs est favorable à la mesure, l'utilité d'un débat contradictoire disparaît au profit d'une plus grande célérité et économie de moyens de la justice sans pour autant porter atteinte aux droits de la défense.

À l'opposé, dans l'hypothèse d'une procédure où le JAP envisage un retrait ou une révocation de la mesure précédemment accordée, le débat contradictoire retrouve toute sa pertinence. Il est indispensable. Dans l'hypothèse de légers manquements, le juge peut utiliser cette procédure pour rappeler officiellement toutes les obligations inhérentes à un aménagement de peine. Le débat contradictoire est quelque peu instrumentalisé à des fins de prévention pédagogique.

Pour les procédures sans enjeu<sup>277</sup>, son utilité réside dans l'apparence formelle du contradictoire. Le respect des procédures de forme – à travers le maintien du débat – malgré un intérêt au fond extrêmement limité, constitue la phase de développement ultime du contradictoire. En l'espèce, le principe ne connaît aucune utilité pratique de recherche de la vérité à travers une discussion formalisée, il s'exerce exclusivement par respect de la procédure et des droits de la défense dans un souci théorique mais surtout symbolique de bonne administration de la justice.

**181.** Les décisions juridictionnelles connaissent un principe du contradictoire affirmé par les textes, respecté par la procédure et exercé par l'ensemble des parties. Cette

---

<sup>274</sup> HERZOG-EVANS, Martine. op. cit. p.447.

<sup>275</sup> Pour le condamné, l'enjeu du débat consiste à convaincre la juridiction du bien fondé de sa demande d'aménagement de peine. Pour le ministère public, il s'agit d'évaluer au plus juste le risque de dangerosité résiduelle. La juridiction doit apprécier l'octroi ou non de la mesure à l'aune de tous les éléments dont elle dispose.

<sup>276</sup> Art. 712-6 al.2 et D. 116-12 C. pr. pén.

<sup>277</sup> Nous parlons en l'espèce des affaires où la faute du condamné est flagrante, prouvée et non contestée.



intensité d'application du principe contraste définitivement avec la procédure du second degré à laquelle le détenu n'est pas convié et avec la nouvelle procédure du DSPIP<sup>278</sup>.

En effet, lorsqu'il est fait appel d'une décision d'une juridiction du premier degré, « *le condamné n'est pas entendu par la chambre sauf si celle-ci en décide autrement*<sup>279</sup> ». La comparution et l'oralité sont tous deux des principes généraux du droit<sup>280</sup>, fondements indispensables et éléments nécessaires à l'exercice du contradictoire. Sans eux, point de contradiction véritable. Cette dénaturation du principe porte nécessairement atteinte aux droits de la défense. Elle prive la juridiction d'entendre directement et personnellement la voix, l'avis et les arguments du condamné. La possibilité de communiquer par écrit ne remplacera jamais la comparution personnelle de l'individu. Légitimement, il se pose la question de savoir comment il est possible de juger sereinement des chances de réinsertion sociale et de l'absence de dangerosité d'une personne en son absence ? Rien ne peut remplacer la comparution de l'individu sans dénaturer le principe du contradictoire et compromettre les droits de la défense.

Par ailleurs, rien ne légitime une telle entorse au principe. Sur un plan théorique et juridique, il est extrêmement difficile de justifier l'absence du principal intéressé. Au visa des principes généraux du droit, il doit exister un parallélisme des formes entre le premier et le second degré de juridiction. En appel, on rejuge l'affaire en droit et en fait dans des conditions similaires et avec les mêmes parties qu'au premier jugement. À défaut de justification juridique viable, l'explication se veut davantage pratique<sup>281</sup>. Il est regrettable de remettre ainsi en cause l'exercice d'un principe processuel fondamental pour des raisons de contingences, matérielles et humaines. Avec les progrès des nouvelles technologies ne peut-on pas envisager le développement d'une solution hybride mais déjà expérimenté, à savoir le recours à la visioconférence ?

## 2) *Un principe de l'égalité des armes respecté*

**182.** Le principe de l'égalité des armes connaît un développement comparable à celui du contradictoire. Il démontre une extension horizontale de son champ d'application et un accroissement vertical de sa densité. Il est substantiel de remarquer que la première ne se réalise pas au détriment de la seconde.

Il était en effet légitime de redouter un affaiblissement de l'intensité de l'égalité des armes dans la mesure où le législateur souhaitait étendre son champ d'exercice. Des concessions, des restrictions ou des remises en cause partielles ou temporaires du principe étaient envisageables pour satisfaire cet accroissement. Or, il a gardé toute sa densité. À l'audience, de nombreux critères militent en faveur d'un équilibre entre les parties aux premiers rangs desquels figure le débat contradictoire<sup>282</sup>. Le condamné est entendu en ses demandes comme

<sup>278</sup> Cf. infra n°190.

<sup>279</sup> Art. 712-13 C. pr. pén. Le principe est l'absence du condamné, toutefois lorsque la chambre de l'application le souhaite ou lorsque le jugement a été pris en l'absence du condamné dûment convoqué, il peut être entendu soit par visio-conférence, soit par l'intermédiaire d'un de ses membres à l'établissement pénitentiaire.

<sup>280</sup> GUINCHARD, Serge., BUISSON, Jacques. *Procédure pénale*. Éd. Litec, 2000, n°1331.

<sup>281</sup> L'exercice du contradictoire en appel exigerait la mobilisation d'escortes et de véhicules de transport supplémentaires pour garantir la sécurité et l'effectivité des transferts de prisonniers. Or, l'administration pénitentiaire ne possède pas les effectifs suffisants.

<sup>282</sup> Cf. supra ; Art. 712-6 et 712-7 du C. pr. pén.

le ministère public en ses réquisitions et l'avocat en sa plaidoirie. L'assistance d'un conseil<sup>283</sup> et/ou d'un travailleur social tout au long de la procédure pour préparer le dossier, soutenir le condamné, et le guider dans ses choix, participe de cet équilibre. De même, le droit à un interprète<sup>284</sup> favorise l'ensemble des participants. Il appartient à cette catégorie de "droits outils" comme le droit de comparaitre, sans lesquels les principes du contradictoire et de l'égalité des armes sont inefficients. Au surplus, les qualités d'indépendance et d'impartialité<sup>285</sup> intrinsèques à la juridiction tendent à rapprocher la procédure du principe de l'égalité des armes.

**183.** La motivation des décisions<sup>286</sup> et l'ouverture de voies de recours<sup>287</sup> sont également des critères essentiels pour caractériser le respect du principe. Si la motivation des jugements n'est pas une nouveauté<sup>288</sup> pour le JAP, à présent, toutes les décisions prises après débat contradictoire sont obligatoirement motivées.

En application des peines, la motivation a un impact pédagogique essentiel sur la personne condamnée. Nonobstant l'aspect purement technique<sup>289</sup> et informatif de la motivation, elle indique à l'intéressé les directions à suivre pour parvenir à l'octroi de son aménagement de peine. Un refus motivé pour l'absence d'une expertise, un effort d'indemnisation des victimes insuffisant, la recherche d'un lieu d'hébergement ou d'un travail... sont autant de conditions implicites à remplir afin d'en obtenir l'attribution. Aussi la motivation permet d'amorcer la reconstruction et la projection de l'individu dans le futur.

En outre, la motivation permet à la juridiction compétente en appel d'exercer un contrôle effectif sur les motifs du jugement. L'ouverture de voies de recours au sein de l'application des peines est une manifestation du respect du principe et des droits de la défense. À la grande surprise des praticiens, les demandes d'appel de décisions de rejet, sans être négligeables, ne sont pas systématiques, alors que le condamné n'a rien à perdre, sa situation pénale ne pouvant en aucun cas s'aggraver<sup>290</sup>. Il nous faut cependant regretter l'absence de données statistiques à l'appui de cette constatation empirique<sup>291</sup>.

La possibilité de faire appel et d'être rejugé sont indéniablement des éléments favorables à l'égalité des armes. Seulement, le rapprochement de la procédure et du principe démontre qu'il persiste également certaines lacunes.

**184.** Sans fondamentalement remettre en cause les développements du principe, il faut signaler certaines insuffisances d'ordre pratique et juridique. Pour commencer, toutes les

---

<sup>283</sup> Art. 712-6 C. pr. pén.

<sup>284</sup> Art. D.116-9 al.3 du C. pr. pén. et § 4.2 Circ. du 28 mai 2001, BOMJ n°83.

<sup>285</sup> Le JAP, le TAP et la chambre de l'application des peines correspondent respectivement aux Art. 712-2, 712-3, 712-12 et 712-13 C. pr. pén.

<sup>286</sup> Art. 712-4 C. pr. pén.

<sup>287</sup> Art. 712-11 à 712-14 C. pr. pén.

<sup>288</sup> Jusqu'à la loi du 15 juin 2000, la motivation des décisions restait une exception circonscrite aux sanctions d'un SME ou d'un suivi socio-judiciaire (art. 741-2 et 763-5 CPP).

<sup>289</sup> La notification d'une décision motivée au condamné a pour principal effet de faire courir les délais d'appel.

<sup>290</sup> Rapport d'activité du service d'application des peines du TGI de Nantes en 2002.

<sup>291</sup> D'après le rapport de la Cour de cassation, au 31 décembre 2002, la JNLC comptait 126 dossiers ayant fait l'objet d'une décision, répartis comme suit : 10 désistements ; 1 annulation sur appel P.G. ; 101 confirmations dont 9 sur appel P.G. ; 14 infirmités dont 3 sur appel P.G. et 32 dossiers n'ayant pas fait l'objet d'une décision.

Disponible sur : [http://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_publications\\_documentation\\_2/publications\\_cour\\_26/em\\_rapport\\_annuel\\_em\\_36/rapport\\_2004\\_173/quatrieme\\_partie\\_activite\\_cour\\_234/nationale\\_liberation\\_66\\_96.html](http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_publications_documentation_2/publications_cour_26/em_rapport_annuel_em_36/rapport_2004_173/quatrieme_partie_activite_cour_234/nationale_liberation_66_96.html) [consulté le 08/07/2007]

audiences du JAP ou presque ont lieu à l'établissement pénitentiaire et non au TGI, comme le principe<sup>292</sup> l'exigeait. Face aux difficultés matérielles<sup>293</sup> de tenir les audiences au sein du Palais de justice, le législateur a été contraint de valider<sup>294</sup>, la tenue des débats au sein des établissements pénitentiaires. Nonobstant l'inadaptation évidente des lieux, il est difficile de démontrer une atteinte particulière au principe de l'égalité des armes. L'ensemble des acteurs subissent et souffrent à la fois, du manque de sérénité manifeste des locaux et de l'absence de distanciation minimale, exigée par le *decorum* de la chambre du conseil<sup>295</sup>. Les débats sont rythmés par une pollution sonore et les audiences sont dépendantes des événements en détention. « *Les avocats sont généralement hostiles au fait de se rendre à l'établissement pénitentiaire pour plaider* »<sup>296</sup>. Ils font état d'un déséquilibre représenté par les parties adverses – l'administration pénitentiaire, le ministère public et le JAP – auquel s'ajoute le *decorum* des lieux. Paradoxalement, ils ne sont pas plus favorables à un déplacement de l'audience au sein de la cité judiciaire, dans les conditions actuelles de transfert<sup>297</sup>. Quoi qu'il en soit, les atteintes au rituel judiciaire ne sont pas suffisamment spécifiques au condamné pour caractériser une inégalité des armes.

**185.** En revanche, l'appel et l'exécution provisoire des décisions du JAP posent plus certainement l'existence d'une atteinte. Selon l'article 712-14 du Code de procédure pénale qui reprend l'essentiel de l'ancien article 722 al.8 du même code, « *les décisions du JAP et du TAP sont exécutoires par provision. Toutefois, lorsque l'appel du ministère public est formé dans les vingt-quatre heures de la notification, il suspend l'exécution de la décision jusqu'à ce que la chambre de l'application des peines de la Cour d'appel ou son président ait statué* ». L'inégalité de traitement entre le condamné et le parquet est manifeste. Ce dernier dispose d'un droit de recours extraordinaire contre les décisions favorables au prisonnier. Il peut suspendre son aménagement de peine, donc le maintenir en détention pendant un

---

<sup>292</sup> L'ancien article 722 al.6 du Code de procédure pénale pose le principe de leur déroulement en chambre du conseil. La campagne médiatique sur le procès des 138 prévenus d'infractions terroristes qui s'était déroulée au sein du gymnase de Fleury Mérogis à partir de septembre 1998, était encore présente à l'esprit du législateur lorsqu'il édicta le principe.

<sup>293</sup> Pour des considérations purement pragmatiques – mobilisation insuffisante d'escortes pour l'extraction des prisonniers – l'article D.116-8 C. pr. pén. (Décret du 13 décembre 2000) inverse le principe de localisation de la juridiction en retenant celui des audiences en détention. Le lieu des débats contradictoires est symptomatique de l'indigence des moyens assemblés. Non seulement les contingences matérielles sont un problème redondant qui prive les principes de leur effectivité, mais elles dictent également au législateur les choix à opérer.

<sup>294</sup> Art. 712-3 C. pr. pén.

<sup>295</sup> En fonction de l'endroit où l'audience a lieu – dans le quartier administratif ou pénitentiaire de la prison – les cris et les bruits de la détention sont plus ou moins prégnants. Les débats se déroulent au rythme imposé et aléatoire des bruits et cris des détenus, des communications audio phoniques de l'administration pénitentiaire, voire du déclenchement de l'alarme. La jurisprudence considère que la disposition des parties et du mobilier au sein d'une juridiction ne sont pas constitutifs d'une atteinte au principe de l'égalité des armes. TGI Paris, 11<sup>e</sup> ch., sect. A, 04 avril 2001. D. 2001, IR. 1773.

<sup>296</sup> PECHILLON, Éric., HERZOG-EVANS, Martine. *Le droit de l'exécution des peines, problème et enjeux d'une discipline juridique en formation*. Recherche réalisée dans le cadre « Mission de recherche Droit et Justice », Avril 2003, p.276.

<sup>297</sup> « *Ce ne sont pas tant les locaux où la procédure se tient mais l'organisation de celle-ci qui est le plus souvent déterminants* ». in HERZOG-EVANS, Martine. *Droit de l'application des peines*. Éd. Dalloz référence, 2002, p.429. À l'anxiété et au stress de son passage devant la juridiction pour défendre ou argumenter son aménagement de peine, le condamné doit également faire face à l'appréhension et la fatigue induite par les conditions de transfert et la durée d'attente dans les geôles du Palais de justice. En conclusion, les avocats constatent que l'audience en chambre du conseil connaît des effets pervers non négligeables. Elle conduit le condamné dans un état de fatigue et d'anxiété plus préjudiciable que les conditions d'un débat dans l'établissement pénitentiaire.

maximum de deux mois, le temps nécessaire à la Cour d'appel de rejuger le dossier. De son côté, la défense est privée de tout recours suspensif.

La similitude de cette hypothèse avec l'arrêt de principe du 06 mai 1997<sup>298</sup>, est flagrante. En l'espèce, l'article 546 du Code de procédure pénale disposait en matière de police, un droit d'appel général au ministère public contre un recours limité pour les contrevenants. La Cour de cassation avait censuré l'arrêt au visa de l'incompatibilité du droit interne avec le principe conventionnel de l'égalité des armes. Aussi, le premier « attendu » de l'arrêt pourrait être repris, *mutatis mutandis*, pour caractériser de la même manière, l'inégalité des armes en matière d'application des peines.

**186.** En outre, cette inégalité se conjugue avec la non comparution du détenu en appel. Son absence porte atteinte au principe du contradictoire<sup>299</sup> mais également à celui de l'égalité des armes. On nous rétorquera peut-être que le principe est préservé grâce à la présence de l'avocat en appel, à laquelle s'ajoute la possibilité pour le condamné d'adresser des observations écrites à la Cour, voire même d'être entendu par l'un des conseillers de la juridiction d'appel.

Toutefois, il est nécessaire de préciser que cette audition reste facultative, à la libre appréciation de la Cour. À l'examen des décisions, on constate que la juridiction du second degré ne se prive pas de la refuser lorsqu'elle estime être suffisamment informée<sup>300</sup>. De plus, la présence de l'avocat en appel ne modifie pas la nature de l'atteinte, elle atténue seulement son intensité. Enfin, l'expression écrite ne saurait remplacer une prestation orale. « *La comparution d'un prévenu revêt une importance capitale en raison tant du droit de celui-ci à être entendu que de la nécessité de contrôler l'exactitude de ses affirmations et de les confronter avec les dires [...] des témoins* »<sup>301</sup>, du personnel de l'administration pénitentiaire ou du travailleur social.

Si la mise en place de substituts à la comparution tente bien d'atténuer l'atteinte aux droits de la défense à travers un respect apparent des principes, elle tend surtout à prouver la conscience et l'embarras d'une position *contra legem*.

Le droit de solliciter une voie de recours sans possibilité d'y comparaître en personne revient à priver le condamné du droit d'être rejugé dans les conditions de procès équitable, comme en premier ressort.

Finalement, il est fort regrettable de constater de telles atteintes au principe de l'égalité des armes, surtout lorsqu'elles sont principalement issues de contingences matérielles. La remarque est également valable pour les mesures d'administration judiciaire.

---

<sup>298</sup> Cass. crim. 6 mai 1997, Aff. *Landry*, Bull. crim. n°170 ; Cass. crim. 21 mai 1997, Aff. *Mathoulin*, Bull. crim. n°191 ; **LASSALLE**, Jean-Yves. *Incompatibilité du dernier alinéa de l'article 546 CPP avec l'article 6 de la convention européenne des droits l'homme*. JCP 1998, II, 10056, p.654 ; **CERF**, Agnès. *Incompatibilité du droit général d'appel du procureur général contre les jugements de police avec la Convention européenne des droits de l'homme*. D. 1998, jurisp. p.223 ; **DINTILHAC**, Jean-Pierre. Rev. sc. crim. 1997, p.858.

<sup>299</sup> Cf. supra n°181.

<sup>300</sup> JNLC du 26 décembre 2001. D. 2002, p.1788, note **HERZOG-EVANS**, Martine ; JNLC du 02 Novembre 2001.

<sup>301</sup> CEDH du 23 novembre 1993, Aff. *Poitrinol c/France*, Série A, n°277A, § 35. V. aussi CEDH du 12 février 1985. Aff. *Colozza c/Italie*, Série A, n°89, § 28.

Disponible sur : <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr> [consulté le 08/07/2007]

## B – Les mesures d'administration judiciaire

**187.** Les mesures d'administration judiciaire sont des décisions prises en CAP. Elles traitent du contentieux des réductions de peine et des autorisations de sortie. Par essence, elles ne respectent pas les principes du contradictoire et de l'égalité des armes. Elles sont considérées par la doctrine comme « *des anachronismes en voie de disparition qui pousse à la schizophrénie* »<sup>302</sup>.

Avec l'application de la loi du 09 mars 2004, le législateur a confirmé l'évolution de l'application des peines vers une nature juridictionnelle des décisions. Toutefois, en ce qui concerne les mesures d'administration judiciaire, le parlement a maintenu leur existence malgré des efforts significatifs envers les principes. Ainsi, il ajourne le principe du contradictoire (1) et il concède des progrès à l'égalité des armes (2).

### 1) Un principe du contradictoire ajourné

**188.** Il n'est pas dans la nature des mesures d'administration judiciaire de respecter le principe du contradictoire. Comme son nom ne l'indique pas explicitement, il s'agit davantage d'une décision administrative – au sens premier du terme, et non dans le sens juridictionnel<sup>303</sup> –, qu'une décision judiciaire. Pour preuve, la CAP n'est pas une juridiction qui rend des jugements mais un organe administratif qui donne des avis avant décision du JAP. Juridiquement, il n'y a pas d'audience. Le condamné n'est ni convoqué, ni entendu, ni même présent ou représenté. En l'absence d'une des parties principales, ce n'est pas seulement la contradiction qui est niée, c'est le concept même du procès<sup>304</sup>.

Et pourtant, les mesures d'administration et la CAP ont leurs partisans notamment au sein de l'administration pénitentiaire mais également chez les magistrats. Paradoxalement, le personnel pénitentiaire regrette la richesse des débats, leur surreprésentativité mais surtout la liberté de ton et de parole au cours des séances en l'absence du condamné. Les magistrats mettent en avant la célérité de la justice inhérente à son aspect informel. Le traitement de cinquante dossiers en CAP, correspond à l'audition de huit personnes en débat contradictoire<sup>305</sup>.

Malgré ces critiques, la majorité des praticiens se félicite de la juridictionnalisation croissante de l'application des peines. L'alourdissement de la procédure permet de répondre aux standards du droit processuel tel que la comparution du condamné, le débat contradictoire, la motivation des jugements ou encore l'ouverture de voies de recours. S'il existe un risque réel de ne pouvoir répondre dans les délais utiles à une demande urgente ou à l'aménagement des courtes peines en général<sup>306</sup>, le choix d'une justice de qualité aux dépens d'une justice expéditive et partielle reste toutefois, légitime.

<sup>302</sup> PECHILLON, Éric., HERZOG-EVANS, Martine. op. cit. p.16.

<sup>303</sup> À l'opposé d'une décision administrative discrétionnaire, sans comparution ni recours et généralement arbitraire, la décision administrative issue d'une juridiction administrative se veut respectueuse des principes généraux du droit et conforme aux standards du droit processuel.

<sup>304</sup> LAVIELLE, B. *Le juge de l'application des peines est-il toujours un chiroptère ?* Gaz. Pal. 8 & 9 septembre 2000, chron. p.31.

<sup>305</sup> À titre de comparaison, il a été calculé qu'un débat contradictoire durait en moyenne 22 minutes contre 3 minutes pour un dossier en CAP. in REGAL, Nathalie. *L'évolution de l'activité des JAP depuis l'entrée en vigueur de la loi présomption d'innocence*. DEA droit privé, Nantes 2002.

<sup>306</sup> PECHILLON, Éric., HERZOG-EVANS, Martine. op. cit. p.279.

**189.** Certains indices laissent présumer une disparition des mesures d'administration judiciaire à court terme. Elles connaissent des atteintes exogènes avec la juridictionnalisation de l'application des peines qui se matérialise par un accroissement horizontal des principes du contradictoire et de l'égalité des armes. Elles subissent par ailleurs un mouvement endogène bicéphale qui se concrétise par un effondrement du nombre de dossiers examinés par la CAP et surtout par une tentative d'application du principe du contradictoire.

Avec l'entrée en vigueur du nouveau système de calcul de crédit de peine<sup>307</sup>, la CAP a perdu les trois quarts<sup>308</sup> de son utilité. Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2005, les réductions de peine ordinaires auxquelles les condamnés peuvent prétendre au regard du quantum de leur condamnation, sont automatiquement calculées, et elles leur sont notifiées dès leur incarcération<sup>309</sup>. La CAP est seulement sollicitée par le JAP pour retirer des jours de ce crédit de peine – et pour les autorisations de sortir –, sur saisine du parquet ou du directeur de l'établissement. L'automatisme du traitement de cette mesure allie la clarté à la simplicité, et procure ainsi une certaine transparence au système de calcul. Au demeurant, elle prélève près de 75 % de la charge de travail à la CAP, ce qui tend à réduire significativement son importance.

Par ailleurs, les réductions de peine viennent de connaître une tentative d'insertion du principe du contradictoire. Au cours des travaux parlementaires sur la loi du 9 mars 2004<sup>310</sup>, en 1<sup>ère</sup> lecture devant l'Assemblée nationale, la commission des lois<sup>311</sup> a proposé d'intégrer les réductions de peine à la procédure de droit commun du JAP, soit sous l'ancien article 722 al.6 du Code de procédure pénale. Le changement de nature des réductions de peine a disparu après l'examen du texte par le Sénat, exclusivement, pour des considérations matérielles, et non idéologiques. Le rapporteur de la loi estime « *matériellement impossible que l'ensemble des décisions relatives aux réductions de peine donne lieu à un débat contradictoire devant le juge de l'application des peines* »<sup>312</sup>. En effet, il est concrètement impossible de conduire 6 758 débats contradictoires supplémentaires par an<sup>313</sup> sans un renforcement considérable des effectifs<sup>314</sup>.

---

<sup>307</sup> Art. D.115 du C. pr. pén.

<sup>308</sup> En 2002, la CAP a traité 102 081 dossiers de réductions de peine et 31 777 dossiers de permission de sortir, soit un total de 133 858 dossiers. Avec le nouveau système, elle n'aurait traité que 6 758 des 102 081 dossiers de réductions de peine, c'est-à-dire ceux qui correspondent à un rejet de la mesure. Si l'on applique le nouveau système aux chiffres de 2002, la CAP aurait traité au total 38 535 dossiers sur les 133 858, soit 28.7 % des dossiers. in Les chiffres clés de l'administration pénitentiaire, juillet 2003, p.7.

Disponible sur : <http://www.justice.gouv.fr/chiffres/ap/chiffres2003.htm> [consulté le 08/07/2007]

<sup>309</sup> Art. 721 du C. pr. pén.

<sup>310</sup> Loi n° 2004-204 du 09 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

Disponible sur : <http://www.assemblee-nationale.fr/12/dossiers/criminalite.asp> [consulté le 08/07/2007]

<sup>311</sup> Assemblée nationale, Compte rendu intégral de la séance du 23 mai 2003.

Disponible sur : <http://www.assemblee-nationale.fr/12/cr/2002-2003/20030217.asp> [consulté le 08/07/2007]

<sup>312</sup> Rapport du Sénat n°441 par F. Zocchetto, annexe au procès-verbal de la séance du 23 juillet 2003 sur le projet de loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

Disponible sur : <http://www.senat.fr/rap/102-441/102-441.html> [consulté le 08/07/2007]

<sup>313</sup> Le chiffre de 6 758 correspond au nombre de dossiers de réductions de peine rejetés par la CAP en 2002 et susceptible de faire l'objet d'un débat contradictoire, si le Sénat ne s'y était pas opposé. L'argument de l'insuffisance d'effectifs en personnel pour absorber ce surplus de travail est légitime et fondé. En 2002, les JAP ont procédé à 14 169 débats contradictoires. L'introduction du contradictoire au sein des réductions de peine représenterait un accroissement de 47.6 % du nombre de débats. in Les chiffres clés de l'administration pénitentiaire, juillet 2003, p.7.

<sup>314</sup> L'instauration d'un système judiciaire avec la garantie des droits de la défense par le principe du contradictoire engendre inéluctablement une complexification, un alourdissement substantiel des procédures. Préserver les droits de la défense sans alourdir la procédure revient à résoudre la quadrature du cercle. Toutefois, avec la mise en œuvre de moyens suffisants en personnels et en matériels, s'ils ne sont pas de nature à les

Toutefois, les réductions de peines ne se révèlent pas totalement hermétiques à l'introduction du contradictoire. Dans le cadre du suivi<sup>315</sup> imposé aux condamnés par le JAP, après leurs libérations, sur le temps des réductions de peine précédemment accordées, cette décision est prise après un débat contradictoire<sup>316</sup>. L'enjeu de l'audience est certes, plus informatif qu'argumentatif, il s'agit avant tout de notifier *in personam* les obligations au détenu, mais sur le plan symbolique, il constitue une percée très modeste, mais une avancée tout de même du contradictoire qui annonce un changement de nature.

**190.** Parallèlement à ce mouvement favorable aux droits de la défense, le législateur consacre, de manière assez paradoxale, une nouvelle mesure d'administration judiciaire, qualifiée par les praticiens « *d'espèce hybride de décision : la décision implicite d'acceptation judiciaire d'une décision explicite de l'administration* »<sup>317</sup>.

À partir du constat pragmatique de l'inapplication des aménagements de peine<sup>318</sup>, notamment pour les courtes peines en raison des délais de procédure et de l'indigence des moyens, le législateur a opté pour la simplification et la célérité de la procédure, au détriment d'une procédure contradictoire, trop onéreuse en unité de temps. Il réalise une structure processuelle inédite qui empreinte à la fois, à la composition pénale, son système d'homologation, et, à la procédure juridictionnelle rapide de l'article 712-6 al.2 Code de procédure pénale, sa célérité. Ainsi, le JAP est sollicité par le directeur du service pénitentiaire d'insertion et de probation (DSPIP) pour homologuer un aménagement de peine<sup>319</sup>, suite aux investigations menées par le SPIP<sup>320</sup> – et le JAP – avec la collaboration expresse du condamné<sup>321</sup>. Du fait d'une

---

annuler, il faut convenir qu'ils ont tendance à les résoudre. Il se pose alors la question de savoir si la justice s'est véritablement donnée les moyens de ses ambitions ? À la lumière de la réponse du Sénat, une réponse négative s'impose. Pour preuve dans un rapport d'information, déposé le 07 juillet 2004 sur le bureau de l'Assemblée nationale à propos du traitement de la récidive, le rapporteur rappelle que sur les 8 364 emplois de magistrats comptabilisés en 2002 (annuaire statistiques de la justice 2003), on compte seulement 250 JAP, soit 3.5 % du corps des magistrats. Selon les estimations de l'association nationale des juges de l'application des peines (ANJAP), près de 170 000 personnes étaient suivies par les 250 JAP au 1<sup>er</sup> juillet 2003 (39 038 détenus et 129 269 personnes en milieu ouvert) soit un ratio moyen de 680 personnes par JAP. Le rapporteur concluait que « *dans de telles conditions, il est illusoire de prétendre mettre en œuvre un suivi personnalisé des condamnés* ». in Rapport de l'Assemblée nationale n°1718 par G. Léonard du 07 juillet 2004, sur le traitement de la récidive des infractions pénales.

Disponible sur : [http://www.assemblee-nationale.fr/12/rap-info/i1718.asp#P1096\\_129578](http://www.assemblee-nationale.fr/12/rap-info/i1718.asp#P1096_129578) [consulté le 08/07/2007]

<sup>315</sup> Le suivi auquel est soumis le condamné consiste à ne pas rentrer en relation, de quelques manières que ce soit, avec la partie civile et/ou de l'indemniser.

<sup>316</sup> Art. 721-2 C. pr. pén.

<sup>317</sup> Observations du syndicat de la magistrature sur la constitutionnalité de la loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité reproduites in *Le nouveau procès pénal. Après la loi Perben II*. Dalloz juin 2004, p.225.

<sup>318</sup> Assemblée nationale, Rapport n°1236 sur la loi *Perben II*. « *Observant que seulement 1 219 places de semi-liberté étaient actuellement utilisées sur les 1 989 existantes et que le nombre des bracelets électroniques en fonction n'atteignait que 223 sur les 500 disponibles, le rapporteur a expliqué que le dispositif proposé signifiait la volonté résolue de la majorité de lutter contre les sorties de prison sans aucune forme de suivi judiciaire, qui sont préjudiciables à l'ensemble de la société car propices à la récidive* ».

Disponible sur : <http://www.assemblee-nationale.fr/12/rapports/r1236-3.asp> [consulté le 08/07/2007]

<sup>319</sup> Art. 723-20 à 723-28 C. pr. pén. JANAS, Michael. *Un juge d'application des peines aux pouvoirs juridictionnels renforcés*. in *Le nouveau procès pénal. Après la loi Perben II*. Éd. Dalloz, 2004, p.501.

<sup>320</sup> Cf. supra n°183.

<sup>321</sup> Art. 4 du Décret n°2004-837 du 20 août 2004. S'il s'agit d'un condamné mineur, il doit également recueillir ou faire recueillir l'avis écrit des titulaires de l'exercice de l'autorité parentale ainsi que l'avis du juge des enfants. Le consentement du mineur doit être donné en présence d'un avocat, choisi par lui ou par les titulaires de l'autorité parentale ou désigné d'office par le bâtonnier à la demande du DSPIP.

détention relativement courte<sup>322</sup>, la procédure est simplifiée à l'extrême. Elle est exclusivement écrite, elle pose des délais brefs<sup>323</sup> et se dispense de tous débats contradictoires. Toutefois, le décret d'application de la loi<sup>324</sup> atténue quelque peu l'atteinte au principe. Il inclut la possibilité pour le JAP, d'entendre le condamné, avec la présence, le cas échéant de son avocat, avant d'ordonner ou de refuser la proposition émise par le DSPIP. De plus, il prescrit la présence obligatoire du conseil, lorsque le DSPIP entend proposer un placement sous surveillance électronique au condamné. Cette protection spécifique de son consentement et de façon plus générale de ses intérêts par un avocat, ne connaît pas de justification particulière, et reste ignorée des autres aménagements de peine. Cette disparité non fondée du droit à un avocat ne fait qu'ajouter la confusion, à la diversité d'une procédure qui se prétend simple. Nonobstant ces particularités, cette procédure expresse des aménagements de peine qui s'affranchit du contradictoire, génère une concurrence déloyale à l'égard des procédures juridictionnelles respectueuses de ce principe, et constitue ainsi, un risque sérieux de leurs remises en cause<sup>325</sup>.

En définitive, les mesures d'administration judiciaire conservent leur nature non contradictoire. Le nouveau pouvoir du DSPIP confirme cette tendance, même si la tentative de réforme et l'ouverture restreinte au principe du contradictoire manifestent des signes précurseurs de son application future. Au demeurant, l'ouverture des mesures d'administration judiciaire aux droits de la défense ne se limite pas au seul principe du contradictoire, elles connaissent une évolution partagée avec le principe de l'égalité des armes.

## 2) *Un principe de l'égalité des armes partagé*

**191.** Le principe de l'égalité des armes dans les mesures d'administration judiciaire est partagé parce qu'il témoigne à la fois des progressions et des régressions des droits de la défense, à l'image de la loi du 9 mars 2004.

Par nature, les mesures d'administration judiciaire ne respectent pas ce principe. *Ab initio*, dans la formation de la CAP, le ministère public et l'administration pénitentiaire sont membres de droit de l'institution, alors que le condamné n'est ni présent, ni représenté à l'audience. La proposition d'inscription du contradictoire dans la procédure de réductions de peine émise par les députés lors des travaux parlementaires sur la loi du 9 mars 2004, avait notamment pour objectif, d'effacer cette flagrante inégalité des armes. Pour des raisons matérielles<sup>326</sup>, cet élargissement des droits de la défense au sein des mesures d'administration

---

<sup>322</sup> Selon l'article 723-20 du Code de procédure pénale, cette procédure est ouverte aux condamnés pour lesquels il reste 3 mois d'emprisonnement à exécuter sur une peine totale qui s'échelonne de 6 mois à deux ans.

<sup>323</sup> La brièveté des délais est directement liée à la durée de détention. Ainsi, suite à la requête du DSPIP, le JAP a seulement trois semaines pour refuser ou homologuer la mesure. Art 723-21 al.3 C. pr. pén.

<sup>324</sup> Art. 5 et 8 du Décret n°2004-837 du 20 août 2004.

<sup>325</sup> Seules plusieurs années de pratiques donneront une réponse à cet effet pervers, néanmoins, il est utile de savoir que le pouvoir du DSPIP est potentiellement applicable à 64 % de la population carcérale, selon les chiffres de juillet 2003. Sur un champ d'application identique (semi-liberté, placement extérieur et PSE) légitimement, nous pouvons craindre, de la part des condamnés comme de l'administration, le choix de la célérité au détriment des principes (les uns pour bénéficier plus rapidement de la mesure, les autres pour des considérations tenant davantage à la gestion des flux que de la préparation à la sortie).

<sup>326</sup> Cf. supra n°189.



judiciaire échoue. À défaut<sup>327</sup>, la réforme du système de crédit peine prive la CAP des trois quarts de ses saisines. Le recours à cette institution est en voie de disparition comme les mesures qui en sont issues.

Par ailleurs, les mesures d'administration judiciaire ne font pas l'objet de motivations<sup>328</sup> ou de voies de recours. Il en résulte forcément des décisions discrétionnaires, sinon arbitraires. Or, en l'espèce, la loi du 9 mars 2004 marque un progrès significatif en termes d'égalité des armes. Les décisions rendues par le JAP après avis de la CAP sont désormais motivées et susceptibles de faire l'objet d'un appel<sup>329</sup>. Même si cette ouverture aux condamnés a été repoussée dans son application au 31 décembre 2005<sup>330</sup>, ces deux nouvelles caractéristiques des mesures d'administration judiciaire sont également partagées par les décisions juridictionnelles. Le rapprochement des unes vers les autres se vérifie. Il se confirme même, avec une nouvelle procédure très discutée, qualifiée de mesure d'administration judiciaire : le pouvoir d'aménagement de peine du DSPIP. Selon l'article 723-22 du Code de procédure pénale, « *si le JAP refuse d'homologuer la proposition, il doit rendre une ordonnance motivée, susceptible de recours par le condamné* ».

Ainsi, la loi du 9 mars 2004 efface certaines atteintes au principe de l'égalité des armes, cependant, il faut également reconnaître, qu'elle se trouve à l'origine de nouvelles inégalités.

**192.** La principale atteinte consiste à contourner le débat contradictoire, l'audition de l'intéressé pour des raisons de contingences matérielles. Les réductions de peine<sup>331</sup>, les autorisations de sortir et les aménagements de peine<sup>332</sup> – depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2005 –, peuvent être mises en œuvre en dehors de tout débat contradictoire. Les nouveaux pouvoirs du DSPIP sont directement issus du rapport parlementaire faisant état des dysfonctionnements de l'exécution des courtes peines<sup>333</sup>. La volonté de développer l'individualisation des peines pour « *mieux lutter contre la récidive en favorisant l'insertion ou la réinsertion des condamnés tout en assurant l'indemnisation des victimes* »<sup>334</sup> est louable. Mais, les contingences

<sup>327</sup> Il n'y a pas de lien de cause à effet entre l'échec du contradictoire et la réforme du crédit peine. Seulement, pour un échec qualitatif du principe de l'égalité des armes, on relève un progrès quantitatif, en l'espèce, la chute des saisines de la CAP.

<sup>328</sup> Pendant longtemps, la décision du JAP en CAP se résumait à cocher une décision préimprimée par le greffe pénitentiaire. L'absence de motivation correspondait à l'extrême célérité des séances. Puis, avec la juridictionnalisation des aménagements de peine, il a progressivement pris l'habitude de les motiver afin d'expliquer aux condamnés les motifs de son refus.

<sup>329</sup> Art. 712-4 et 712-5 du C. pr. pén. En ce qui concerne la motivation, le législateur se contente d'entériner une pratique assez généralisée. En revanche, pour les voies de recours, il s'agit d'une véritable mutation. Toutefois, il ne fait aucun doute que le législateur se soit auparavant inspiré des effets de la juridictionnalisation des aménagements de peine lors de l'entrée en vigueur de la loi présomption d'innocence en 2001, et notamment du droit d'appel. Bien que le condamné n'ait absolument rien à perdre dans cette procédure (elle constitue une seconde chance d'obtenir l'aménagement de peine), forcer de constater un nombre d'appel raisonnable aux dires des praticiens, à défaut de statistiques. Bien évidemment, ce précédent positif a forcément encouragé, ou au moins relativisé certains propos alarmistes, à l'ouverture de voies de recours pour les mesures d'administration judiciaire.

<sup>330</sup> Art. 207-IV de la Loi du 09 mars 2004.

<sup>331</sup> Cf. supra.

<sup>332</sup> À savoir, la semi-liberté, le placement extérieur et le placement sous surveillance électronique. Cf. art. 723-20 C. pr. pén.

<sup>333</sup> Rapport Warsmann sur « *Les peines alternatives à la détention, les modalités d'exécution des courtes peines, la préparation des détenus à la sortie de prison* ». Avril 2003.

Disponible sur : <http://www.justice.gouv.fr/publicat/rapports.htm> [consulté le 08/07/2007]

<sup>334</sup> Assemblée nationale, Rapport n°1236 de la Loi du 09 mars 2004.

Disponible sur : <http://www.assemblee-nationale.fr/12/rapports/r1236-3.asp> [consulté le 08/07/2007]

budgétaires et matérielles confrontent le législateur à une alternative entre le respect contraignant des principes au sein d'un champ juridictionnel, avec une certaine inapplicabilité des mesures pour les peines les plus courtes, et une application étendue de ces dernières, avec en contrepartie, des atteintes proportionnelles à ces mêmes principes, en raison de l'accélération et de la délocalisation des procédures. Le législateur a préféré en l'espèce s'affranchir de certains principes, pour appliquer au plus grand nombre les aménagements de peine.

Une nouvelle atteinte au principe de l'égalité des armes, directement issue de la loi du 09 mars 2004, provient du glissement quasi imperceptible d'une partie du pouvoir juridictionnel attribué au magistrat, gardien des libertés individuelles, vers un simple fonctionnaire de l'État. La procédure est insidieuse dans le sens où sa structure processuelle ne dépossède pas totalement ou définitivement, le juge du siège de son pouvoir juridictionnel – ce dernier peut reprendre à son compte et à tout moment l'individualisation de la peine – mais, elle en confie l'initiative, et – dans le silence du JAP<sup>335</sup> –, l'exécution, à un "non magistrat". À la différence de la composition pénale et de la CRPC pour lesquelles l'atteinte au principe de l'égalité des armes résulte de l'intervention partisane du ministère public ou d'un de ses représentants<sup>336</sup>, en l'espèce, elle s'accroît significativement du fait de la délégation de pouvoirs d'aménagement de peine, en dehors de la sphère judiciaire. Au demeurant, il résulte de la loi, un certain flou juridique en ce qui concerne les critères de sélection des dossiers. En dehors des quatre critères légaux<sup>337</sup>, le DSPIP a toute liberté pour sélectionner les détenus et choisir les aménagements de peines, sans autres contraintes. Aussi, la décision de ne pas présenter un dossier au JAP, est non motivée et insusceptible de recours, puisqu'elle est laissée à l'appréciation souveraine des services de l'administration pénitentiaire<sup>338</sup>.

**193.** À décharge, il faut reconnaître que de nombreux éléments ne manqueront pas de tempérer ces atteintes. Pour commencer, la nature essentiellement gracieuse de la procédure transcende l'ensemble de la matière. Par définition, les aménagements de peine concédés au DSPIP constituent des mesures favorables aux condamnés. Au demeurant, l'accord exprès de ce dernier constitue un élément *ad validitatem* de la procédure. Le JAP demeure un gardien efficient et responsable de la mesure par l'intermédiaire de l'homologation, au même titre que le ministère public avec son pouvoir suspensif. À l'image de la composition pénale<sup>339</sup> ou de la CRPC, des réunions informelles ont eu lieu entre les JAP,

---

« Votre commission approuve pleinement la volonté de limiter au maximum les « sorties sèches » de prison, c'est-à-dire sans aménagement de peine. Elle considère que tout doit être fait pour que le retour à la liberté des condamnés soit progressif et donne lieu à un accompagnement destiné à favoriser leur réinsertion ».

Disponible sur : <http://www.senat.fr/rap/103-148/103-148131.html#toc1278> [consulté le 08/07/2007]

<sup>335</sup> N'était-il pas plus opportun de prescrire que le défaut de réponse du JAP, vaille refus de la proposition, comme le Sénat le préconisait : « L'attribution des mesures d'aménagements de peine est une prérogative du juge et doit le demeurer. S'il peut être tout à fait opportun de faire intervenir activement les services d'insertion et de probation, qui connaissent bien les détenus, dans les propositions d'aménagements de peine, la décision finale d'aménagement de la peine doit demeurer l'apanage du juge. À titre de comparaison, une proposition de composition pénale formulée par le procureur de la République doit être explicitement validée par le président du tribunal pour recevoir exécution ». Sénat, Rapport n°1278 de la Loi du 09 mars 2004.

Disponible sur : <http://www.senat.fr/rap/103-148/103-148131.html#toc1278> [consulté le 08/07/2007]

<sup>336</sup> Cf. supra n°111. L'atteinte est relativement comparable lorsque la composition pénale est traitée par un juge de proximité.

<sup>337</sup> Art. 723-21 C. pr. pén.

<sup>338</sup> « Ces nouvelles dispositions soumettent le détenu à l'arbitraire de l'administration pénitentiaire et à toutes les possibilités de sélection à la tête du client ». Observation du syndicat de la magistrature reproduites in *Le nouveau procès pénal. Après la loi Perben II*. Éd. Dalloz juin 2004, p.226.

<sup>339</sup> Cf. supra n°111.

les DSPIP et les magistrats du parquet afin d'établir en amont certains critères de la procédure, pour limiter en aval le nombre de refus d'homologation.

Par ailleurs, le travailleur social est plus neutre ou favorable au condamné que ne peut l'être le ministère public ou l'un de ses représentants en composition pénale ou lors d'une CRPC.

Enfin, il ne fait aucun doute que la limite à l'origine de cette nouvelle procédure, s'impose *ab initio* et à nouveau, comme la plus sérieuse résistance au développement de cette dernière. Le recours insuffisant aux aménagements de peine par les JAP, en raison des contraintes en personnels et matériels, est entièrement transposable aux travailleurs sociaux<sup>340</sup>. Avec 380 DSPIP et un ratio de 100 détenus pour un travailleur social sur l'ensemble du territoire national, ils sont confrontés aux mêmes limites matérielles.

En conséquence, les derniers développements du principe de l'égalité des armes sont partagés entre les progrès des mesures d'administration judiciaire en général et le risque de nouvelles atteintes avec le DSPIP. Néanmoins, sur l'ensemble de l'application des peines, les progrès significatifs des principes contribuent à garantir l'exercice des droits de la défense.

## CONCLUSION CHAPITRE 2

**194.** L'émergence des droits de la défense au sein de l'exécution des peines connaît de grandes disparités d'exercice.

Dans le domaine du droit disciplinaire, les droits de défense rencontrent des difficultés d'application inhérentes aux insuffisances des principes du contradictoire et de l'égalité des armes. Les spécificités de l'univers carcéral, le défaut d'impartialité de la Commission de discipline, le poids de la tradition et les contingences matérielles ne constituent pas des facteurs propices au développement des droits et des principes. Malgré cet environnement défavorable, on remarque l'apparition de quelques manifestations des principes. Elles sont encore insuffisantes pour garantir les droits de la défense, mais elles existent.

**195.** En comparaison, l'apparition des droits de la défense au sein de l'application des peines connaît une intégration plus rapide et profonde. Sa nature essentiellement gracieuse favorise un exercice concret et effectif des principes du contradictoire et de l'égalité des armes. Même s'il persiste quelques atteintes, plus ou moins prégnantes aux principes, force est de constater une progression significative des droits de la défense en matière d'application des peines.

---

<sup>340</sup> Au 1<sup>er</sup> janvier 2004, 135 721 mesures en milieu ouvert étaient suivies par les SPIP qui ont également vocation à prendre en charge l'ensemble des détenus, dont le nombre excède 60 000, et ce avec un effectif de 2 473 agents seulement. in Rapport d'information n°1718 de MM. Pascal Clément et Gérard Léonard déposé en application de l'article 145 du Règlement par la commission des lois en conclusion des travaux d'une mission d'information sur le traitement de la récidive des infractions pénales (7 juillet 2004).  
Disponible sur : [http://www.assemblee-nationale.fr/12/rap-info/i1718.asp#P1096\\_129578](http://www.assemblee-nationale.fr/12/rap-info/i1718.asp#P1096_129578) [consulté le 08/07/2007]

## CONCLUSION TITRE 1

**196.** L'émergence des droits de la défense au sein de nouveaux champs judiciaires comme les procédures alternatives aux poursuites et l'exécution des peines rend compte d'une grande diversité d'application.

L'examen des droits de la défense sous l'angle des principes présente de grandes variations d'intensité. Ils sont relativement bien garantis dans une procédure d'aménagement de peine ou lors d'une médiation pénale. En revanche, ils rencontrent des difficultés d'exercice dans le contentieux pénitentiaire disciplinaire. La force des droits fluctue en fonction de son environnement juridique, des enjeux processuels, des contingences matérielles, des moyens de défense et de la présence ou non d'un défenseur. De nombreux autres facteurs agissent sur la force des droits, toutefois ces derniers entretiennent une relation particulière avec les principes. L'examen des droits par les principes révèle que l'application des seconds garantit l'effectivité des premiers.

L'analyse des droits dans les procédures alternatives aux poursuites comme dans l'exécution des peines atteste de la proportionnalité et de la concomitance de ce lien entre eux. À la faiblesse ou la force des principes correspond des amplitudes d'intensité corrélative des droits de la défense.

**197.** La démonstration de ce lien aux extrémités du procès, se confirme tout au long de celui-ci, du traitement policier à la procédure judiciaire. L'évolution des droits de la défense y est plus lente, néanmoins ils tendent à se renforcer.

## TITRE 2 Le renforcement des droits de la défense

**198.** Il peut paraître ambitieux, audacieux et, à la limite, subversif de s'efforcer à démontrer un renforcement des droits de la défense, alors que les dernières réformes<sup>1</sup> qui concernent notre procédure pénale, se révèlent explicitement répressives. Ne pas reconnaître un changement d'orientation politique aussi évident, depuis la loi du 15 juin 2000, reviendrait à se priver de la rigueur inhérente à tout travail scientifique, et à nier le droit positif.

De la même façon, examiner notre système pénal sous le seul angle conjoncturel, conduirait à rendre une analyse statique et partiellement déformée de la situation. Comme le Doyen Carbonnier<sup>2</sup> se plaît à le démontrer, le droit est vivant, et notre procédure pénale plus que les autres, s'affiche comme son paragon. C'est pourquoi il nous faut rappeler notre choix d'analyse systémique. L'examen des droits de la défense à travers les principes du contradictoire et de l'égalité des armes dans le procès pénal octroie à notre démonstration un dynamisme propre, un mouvement par opposition à une description figée. Il favorise également une profondeur, une densité d'analyse issue du système lui-même et des angles sous lesquels ils sont abordés, à savoir, selon un plan conjoncturel, historique, fonctionnel et structurel.

Il est incontestable et incontesté que les dernières réformes renforcent les pouvoirs d'enquête de la police et du ministère public<sup>3</sup>, au détriment des droits de la défense puisqu'il ne leur est pas accordé de pouvoirs en contrepartie. Sur un plan strictement conjoncturel, l'inégalité des armes accroît proportionnellement les atteintes aux droits de la défense. Toutefois, le législateur n'a pas profondément réformé les droits de la défense. Il a uniquement modifié l'équilibre entre les forces en présence. Ce renforcement touche essentiellement les procédures d'exception<sup>4</sup> en matière de stupéfiants, de terrorisme et de criminalité organisée.

Le plan conjoncturel permet de prendre une photographie réaliste de notre droit positif, mais il reste indispensable de l'appréhender sous des angles différents afin d'apprécier véritablement sa nature relative. Le plan statique permet d'effectuer un bilan, de noter les éléments

---

<sup>1</sup> Nous pensons notamment à la Loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne, à la Loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure, à la Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, à la Loi n° 2002-1138 du 09 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice, à la Loi n° 2004-204 du 09 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité et enfin à la loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs. Seule, la loi n°2007-291 du 05 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale est favorable aux droits de la défense.

<sup>2</sup> CARBONNIER, Jean. *Flexible du droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*. 9<sup>e</sup> Éd. LGDJ, 1998.

<sup>3</sup> V. dossier spécial intitulé : *Les nouvelles enquêtes*. AJ pénal 2004, pp.221-239.

<sup>4</sup> V. dossier spécial intitulé : *Criminalité organisée : une justice adaptée ?* AJ pénal 2004, pp.177-199.

favorables, et de relever les insuffisances, mais seule une comparaison dans le temps nous renseigne sur le mouvement et la direction générale des droits et des principes. Elle révèle l'existence de courants législatifs conjoncturels et l'influence croissante de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>5</sup>. Elle démontre surtout un renforcement des droits de la défense.

À toutes les phases du procès, les droits connaissent une progression verticale, symétrique à celles des principes. La phase policière est transcendée par la légitimation dans le Code de procédure pénale de l'enquête officieuse, en 1958, par l'arrivée de l'avocat et les droits afférents au statut de gardé à vue, en 1993. Pour l'instruction, après la grande loi Constans de 1897, la réforme de 1984 organise les débats contradictoires en matière de détention provisoire, et celle de 1993 institue le statut de témoin assisté. Même l'audience de jugement, phase a priori respectueuse des droits de la défense, profite également de cette croissance, avec la loi du 15 juin 2000 qui reconnaît la voie d'appel aux décisions de Cour d'assises. Ce renforcement progressif au plan de l'évolution historique de la procédure pénale, se vérifie également à l'aune de la chronologie du procès.

Le renforcement progressif des droits de la défense au sein du procès pénal correspond à l'affermissement proportionnel des principes du contradictoire et de l'égalité des armes<sup>6</sup>. L'existence d'un lien entre les droits et les principes, démontré aux antipodes du procès, se confirme au cœur de la procédure pénale. De la phase d'enquête à la phase de jugement en passant par la mise en état, les droits de la défense connaissent une progression par phase, à l'image des principes du contradictoire et de l'égalité des armes. Tout au long de la phase d'enquête policière, la place résiduelle concédée à la défense correspond à une faible présence des principes. Totalement ignorés au moment de l'arrestation, ils s'appliquent avec parcimonie lors de la garde à vue. En revanche, durant le traitement judiciaire, les droits se développent et sont garantis par une application croissante des principes. Devant le juge d'instruction, le mis en cause bénéficie de plusieurs statuts protecteurs en fonction du degré d'intensité de l'accusation. Enfin à l'audience de jugement, les droits de la défense sont garantis par l'exercice concret des principes.

**199.** L'examen des droits de la défense sous l'angle des principes tend à démontrer que le renforcement des premiers au fil de la procédure, est concomitant avec l'accroissement d'intensité des seconds. Il révèle deux périodes, deux régimes juridiques de natures différentes. Aussi, nous envisageons d'étudier successivement le renforcement des droits de la défense au sein de la phase policière (CHAPITRE 1), puis au stade du traitement judiciaire (CHAPITRE 2).

---

<sup>5</sup> LAMBERT, Elisabeth. *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme : contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*. Éd. Bruylant, 1999 ; PRADEL, Jean. *La procédure pénale à l'aube du troisième millénaire*. D. 2000, p.1.

<sup>6</sup> DEMATTEIS, Jean., POULET-GIBOT LECLERC, Nadine. *Peut-on supprimer l'article 11 du Code de procédure pénale relatif au secret de l'instruction ?* JCP 2002, I, 170, p.1784.

## CHAPITRE 1 – Le traitement policier

« *Les juristes sont partisans de réformes et de progrès mais ils sont adversaires de tous changements* » Un magistrat Belge. in Procès pénal et droits de l'homme. Vers une conscience européenne.

**200.** La police judiciaire connaît une position déterminante dans le processus pénal. En tant que principal destinataire des dénonciations et plaintes déposées par les victimes ou témoins, elle est à l'origine, et parfois à l'initiative de l'ouverture d'une procédure pénale. Pour chaque nouvelle affaire, les officiers et agents de police judiciaire exercent un traitement policier<sup>1</sup> qui consiste « à constater les infractions à la loi pénale, à en rassembler les preuves et à en rechercher les auteurs<sup>2</sup> », dans le but de parvenir à la vérité judiciaire<sup>3</sup>. Acteurs principaux et diligents de la procédure, les officiers de police judiciaire (OPJ) constatent les infractions, relèvent les indices, recherchent les preuves et auditionnent les personnes tout en ayant parfois recours à la contrainte. Face à cette institution aux pouvoirs judiciaires importants, les libertés individuelles du justiciable s'amenuisent. Elles s'effacent en partie devant les nécessités impérieuses de l'enquête. L'individu est passif, il subit et se plie aux demandes écrites et orales de l'OPJ. Il peut ne plus être libre de ses mouvements. À ce stade du processus pénal, deux libertés constitutionnelles fondamentales, mais antinomiques s'affrontent. La préservation de l'état de droit passe inexorablement par le maintien de l'ordre public et la poursuite judiciaire des auteurs d'infractions. Cependant, on se doit également de préserver les libertés individuelles des pouvoirs institutionnels excessifs. Dans ce difficile exercice de compromis, le législateur tend à sauvegarder un équilibre aussi subtil que fragile entre ces deux antinomies. Néanmoins, il faut reconnaître qu'il octroie une certaine prépondérance à l'efficacité de l'enquête. En l'espèce, l'équilibre n'est pas synonyme d'égalité formelle. De toute la procédure pénale, la phase policière figure comme la période la plus résistante à l'exercice des droits de la défense.

**201.** Sur la base de divers travaux et recherches réalisés<sup>4</sup> en matière de police judiciaire, l'examen des droits sous l'angle des principes établit un mouvement de

---

<sup>1</sup> GAUZE, Roland. *L'enquête de flagrance*. Rép. pr. pén. Dalloz, juin 2001 ; BUISSON, Jacques. *L'enquête de flagrance*. J.-Cl. procédure pénale, fascicule 20, 2003 ; POISOT, Jean-Luc. *L'enquête préliminaire*. J.-Cl. procédure pénale, 2002. GAGNOUD, Pierre. *L'enquête préliminaire et les droits de la défense*. Thèse, Nice, 1998.

<sup>2</sup> Art. 14 C. pr. pén.

<sup>3</sup> Sur la distinction entre police judiciaire et police administrative. BUISSON, Jacques. *L'acte de police*. Thèse Lyon III, 1988, tome II, p.474 ; MATSOPOULOU, Haritini. *Les enquêtes de police*. Éd. LGDJ, Coll. Bibliothèques de sciences criminelles, t. 32, 1996, pp.17-83.

<sup>4</sup> HELIE, Faustin. *Code d'instruction criminelle*. Pratique criminelle des Cours et Tribunaux, 5<sup>e</sup> Éd. 1951 ; LAMBERT, Louis. *Traité de police judiciaire*. 3<sup>e</sup> Éd. Desvignes, 1951 ; RAVIER, Paul., MONTREUIL, Jean.

renforcement des premiers en proportion de la densité des seconds. L'environnement général des enquêtes et les premiers actes d'investigation présentent un terrain particulièrement défavorable à leurs développements. Les principes sont régulièrement ignorés et les droits méconnus (SECTION 1). Néanmoins certains indices révèlent une évolution favorable. Ensuite, lorsque les enquêteurs considèrent une personne comme suspecte, l'accusation se fait plus précise, la défense apparaît, les principes sont circonscrits et les droits limités (SECTION 2), mais ils existent et progressent.

## Section 1 – Des principes ignorés et des droits méconnus

**202.** L'existence des droits et des principes est fragmentée, résiduelle et transversale aux enquêtes. La nature de l'enquête<sup>5</sup>, traditionnellement consacrée par la doctrine pour décrire la mise en état des affaires pénales, n'est plus aussi déterminante que par le passé. Aujourd'hui, les enquêtes de police se caractérisent davantage par la recherche et l'administration de la preuve selon que les investigations portent sur les choses ou sur les personnes. L'absence et l'apparition des droits et des principes consacrent également cette *suma divisio*. Les enquêtes de police en général, et les actes d'investigation objectifs en particulier, laissent peu de place aux principes pour s'affirmer et garantir les droits de la défense, en raison du poids de la tradition et de la scientificité des examens. En matière d'arrestation et d'interpellation, les principes et les droits connaissent des difficultés semblables. Elles ont pour principale origine le caractère mouvant de la défense. Il existe différents degrés dans l'interpellation comme il existe différentes qualités de personne interpellée, nonobstant les évolutions de contrainte et de statut juridique. Par conséquent, il convient d'examiner successivement les droits de la défense à travers les principes du contradictoire et de l'égalité des armes dans les enquêtes de police (§1), et au moment de l'arrestation (§2).

### § 1 – Les enquêtes de police

**203.** La période d'investigation est une phase stratégique, fragile et déterminante pour la suite de la procédure. Les enquêtes de police (A) et les actes d'investigation objectifs (B), laissent peu de place aux principes pour s'exprimer et garantir les droits de la défense.

#### A – Le régime juridique

**204.** Les enjeux, les concepts, la pratique et l'histoire constituent les fondements de l'inexistence de la défense au sein de l'enquête de police (1). Pourtant, au fil des réformes, il est permis de constater l'émergence des droits et des principes (2).

---

*L'enquête de police judiciaire*. 1979 ; **DECOCQ**, André., **MONTREUIL**, Jean., **BUISSON**, Jacques. *Le droit de la police*. Éd. Litec, 1991 ; **BOULOC**, Bernard. **LEVASSEUR**, Georges., **STEFANI**, Gaston. *Procédure pénale*. Précis Dalloz. 18<sup>e</sup> Éd. 2001, n°358, pp.331-407 ; **GUINCHARD**, Serge., **BUISSON**, Jacques. *Procédure pénale*. Litec, 2005, pp.439-520 ; **MATSOPLOU**, Haritini. *Les enquêtes de police*. Éd. LGDJ, Coll. Bibliothèques de sciences criminelles, Tome 32, 1996 ; **AFFRES**, V. *L'activité de police judiciaire de commissariat*. Thèse Paris II, 1991.

<sup>5</sup> **POISOT**, Jean-Luc. *Enquête préliminaire*. J.-Cl. procédure pénale, fascicule 20, 2001.



### 1) Les fondements de l'inexistence

**205.** L'examen des droits de la défense sous l'angle du contradictoire et de l'égalité des armes dans la phase d'enquête est particulièrement révélateur des limites<sup>6</sup> en deçà desquelles les droits s'émancipent.

Lorsque l'on s'interroge sur l'origine et les causes de l'ignorance des principes et de la méconnaissance des droits pendant l'enquête, on touche aux limites internes et absolues de notre démonstration. L'organisation systémique de notre triptyque<sup>7</sup> suppose la réunion de plusieurs conditions – une infraction pénale, un OPJ, une ouverture d'enquête – dont l'élément primaire reste l'individu, objet de la procédure. En son absence, les droits et les principes sont dénués de fondements et de raison d'exister. La contradiction, dont l'étymologie latine *contradictio* signifie contredire, contester ou s'opposer, induit incontestablement l'idée d'adversaire. De même, dans la notion plus contemporaine d'égalité des armes, on oppose expressément les parties au procès. Enfin, comme son intitulé l'indique, les droits de la défense sont consubstantiels à la défense, terme suffisamment précis pour induire une autre partie, l'accusation. En conséquence, la première et la principale explication à l'inexistence des droits et principes au sein d'une enquête vient des limites conceptuelles des schèmes.

*A priori*, ce raisonnement résonne comme une lapalissade. Néanmoins en pratique, elle correspond à 60 % des affaires pénales enregistrées par le parquet en 2005. Sur les 5 155 566 procès-verbaux, plaintes et dénonciations enregistrés par le ministère public, 3 074 882 étaient inscrits en qualité « d'auteur inconnu »<sup>8</sup>. La majorité de ces procédures s'arrêtent au dépôt de plainte<sup>9</sup>. Aucune enquête n'est diligentée faute d'indices et de moyens mobilisables suffisants. Pour le reste, l'ouverture d'une enquête n'a pas permis d'identifier la ou les personnes auteurs des faits. Ainsi, sur les 3 775 838 crimes et délits constatés par les services de police et de gendarmerie en 2005, seuls 1 253 783 ont été élucidés, soit un ratio d'élucidation de 33 %<sup>10</sup>. Au terme de cet exposé succinct sur les limites conceptuelles et fonctionnelles de notre triptyque, nous constatons d'une part, que notre étude porte sur une quantité à la fois résiduelle et importante de procédures pénales, et d'autre part, que l'inexistence des principes est inhérente à l'absence de défense.

**206.** La méconnaissance des principes et des droits vient également du flou, de la complexité et de la diversité juridique qui entourent la naissance des droits de la défense. L'enquête partage avec les procédures alternatives aux poursuites et l'exécution des peines,

<sup>6</sup> Cf. infra, n°369 et s.

<sup>7</sup> Par triptyque, nous entendons le système complexe qui réunit les droits de la défense et les principes du contradictoire et de l'égalité des armes.

<sup>8</sup> V. Les chiffres clés de la justice en 2006, p.14 ; V. également, le Rapport d'information du Sénat n°513 par H. Haenel, annexe au procès-verbal de la séance du 18 juin 1998 sur les infractions sans suite ou la délinquance maltraitée.

Disponible sur : [http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/1\\_chiffrescles06.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_chiffrescles06.pdf) [consulté le 08/07/2007]

Disponible sur : <http://www.senat.fr/rap/r97-513/r97-513.html> [consulté le 08/07/2007]

Disponible sur : <http://ds.unil.ch/penombre/24/03.htm> [consulté le 08/07/2007]

<sup>9</sup> Il s'agit essentiellement des infractions contre les biens comme le vol de téléphone portable, le vol de véhicule, les destructions et dégradations de biens...

<sup>10</sup> in Statistiques du Ministère de l'Intérieur sur la criminalité et la délinquance constatées en France en 2005.

Disponible sur : <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/064000354/0000.pdf> [consulté le 08/07/2007]

l'idée d'émergence de la défense. Cette confluence sémantique ne recouvre pas le même sens qu'au titre premier. Il s'apparente davantage à l'idée de genèse. Contrairement à l'instruction et à l'audience de jugement, pour lesquels les acteurs sont parfaitement identifiés, la phase d'enquête procède à l'émergence d'une partie, elle révèle la défense. Au fil de l'enquête, des investigations et des auditions, la personne interrogée se mue progressivement vers le statut juridique de partie au procès. Les notions de défense, de droits de la défense, de partie au procès, ne connaissent pas en procédure pénale de développements doctrinaux<sup>11</sup> semblables à ceux qui agitent le droit judiciaire privé<sup>12</sup>. Pourtant, les enjeux sont à la mesure des interrogations : à quel moment, à quels statuts et régimes juridiques attribue-t-on les droits de la défense ? Existe-t-il un état de défense antérieur ou des principes préexistants aux droits de la défense ? La transposition du réel dans l'abstrait qui accompagne la rigueur d'un travail scientifique s'efforce généralement de déterminer un phénomène avec une précision binaire ou catégorielle caractéristique. Or en l'espèce, toute la difficulté réside dans l'appréhension des schèmes du triptyque et de leurs relations.

Au surplus, il faut souligner la diversité et la réversibilité des statuts attribués aux personnes pendant l'enquête qui complexifient singulièrement la problématique initiale. Une interpellation en flagrant délit s'associe généralement et directement à un placement en garde à vue, avant un défèrement. À l'inverse, à partir d'une plainte, un même individu peut successivement passer de simple justiciable à témoin, puis devenir suspect et gardé à vue avant de recouvrer sa qualité d'homme libre.

Finalement, l'enquête génère un système particulièrement complexe, diversifié et incertain qui ne favorise pas un exercice clair et précis des principes et des droits.

**207.** La méconnaissance des principes et des droits procède d'un état de fait qui s'enracine autant dans la tradition que dans la pratique. À toutes les époques et dans toutes les législations, le but des enquêtes de police judiciaire a toujours été de constater les infractions, d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les auteurs, avec plus ou moins de diligence et de discernement à chacune de ces étapes<sup>13</sup>. Les systèmes pénaux européens n'échappent pas à cette mission régaliennne de l'État de droit. « *Quel que soit le système étudié, la procédure pénale commence par une phase qui consiste, une fois l'infraction constatée, à identifier son auteur et à en rassembler les preuves, puis à formuler officiellement l'accusation*<sup>14</sup> ». Il en est

---

<sup>11</sup> Certains auteurs s'intéressent au débat qui entoure la défense pénale. **SAINT-PIERRE**, François. *Le guide de la défense pénale*. 3<sup>e</sup> Éd. Dalloz, 2004 ; **DANET**, Jean. *Défendre. Pour une défense pénale critique*. Coll. Regards sur la justice, 2<sup>nd</sup> Éd. Dalloz 2004.

<sup>12</sup> **CORNU**, Gérard., **FOYER**, Jean. *Procédure civile*. Éd. PUF, Coll. Thémis, pp.495-510 ; **CADIET**, Loïc. *Droit judiciaire privé*. 3<sup>e</sup> Éd. Litec, 2000, p.442-446 ; **HERON**, Jacques. *Droit judiciaire privé*. 2<sup>nd</sup> Éd. Domat, 2002, pp.96-115.

<sup>13</sup> **FOYER**, Jean. *Histoire de la justice*. Éd. PUF, 1996 ; **CARBASSE**, Jean-Marie. *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*. Coll. Droit fondamental, Éd. PUF, 2000 ; **BUISSON**, Henri. *La police, son histoire*. Imprimerie Wallon, Vichy, 1949 ; **LE CLERE**, Marcel. *Histoire de la police*. 3<sup>e</sup> Éd. PUF, 1964.

<sup>14</sup> **DELMAS-MARTY**, Mireille. *Procédures pénales d'Europe*. Coll. Thémis, Éd. PUF, 1996, p.398. Voir également **DENIS**, Guy. *L'enquête préliminaire : étude théorique et pratique*. Éd. Police-Revue, 1974, pp.71-141.

ainsi en Allemagne<sup>15</sup>, en Espagne<sup>16</sup>, aux Pays-Bas<sup>17</sup>, en Suède<sup>18</sup>, ou encore au Royaume-Uni<sup>19</sup>.

En France, cette mission s'inscrit dans une tradition fortement empreinte de pragmatisme et d'absence de cadre normatif. Depuis les *questeurs* à Rome qui veillaient au maintien de l'ordre et instruisaient les affaires criminelles, jusqu'à l'instauration du Code de procédure pénale en 1958, en passant par les prévôts et autres lieutenants criminels du roi, les enquêteurs ont procédé à des actes d'investigations davantage prescrits par les nécessités de l'enquête et les contraintes quotidiennes que défini dans la loi. Ni la grande Ordonnance pénale de 1670, ni le Code d'instruction criminelle de Napoléon n'ont légiféré sur la phase d'enquête. Elle a longtemps été ignorée. Officieusement, elle était organisée et gouvernée pour satisfaire aux considérations d'ordre public et d'élucidation des affaires pénales. Les moyens utilisés importaient peu. Seuls le souci d'être efficace et le culte du résultat présidaient à la direction des enquêtes. Pour preuve, la question préalable, euphémisme policier pour désigner les actes de torture pour parvenir aux aveux, a officiellement été abolie en 1789, et réellement à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>20</sup>. Dans cette tradition pragmatique ou l'efficacité policière côtoie une pratique unilatérale, il n'est pas difficile de discerner l'impensé des principes et des droits.

Néanmoins, au fil des réformes, la norme se présente plus structurante pour la défense, et plus contraignante pour l'accusation.

## 2) Les fondements de l'apparition

**208.** L'évolution historique du régime des enquêtes judiciaires est favorable à la défense. L'encadrement des pratiques policières par la loi limite d'une part les risques d'abus, et génère d'autre part des droits avec l'apparition des principes du contradictoire et de l'égalité des armes.

Jusqu'en 1958, les capacités judiciaires des OPJ sont théoriquement limitées. Juridiquement, ils ne peuvent enquêter qu'en matière de flagrance ou sur instruction d'un juge<sup>21</sup>. De telles fictions ne résistent pas à l'épreuve des faits. L'inadaptation manifeste des régimes juridiques incite les OPJ à repousser les limites et parfois à dénaturer les concepts afin d'exercer leurs investigations dans le cadre de la loi. Ces mêmes concepts n'étant pas indéfiniment extensibles, nombre de procédures policières sont pratiquées en marge du droit. « *Les OPJ exercent par délégation de leurs chefs nombre d'attributions qui ne sont pas de leur compétence* »<sup>22</sup>.

Définie par la pratique et la doctrine sous le terme d'« *enquête officieuse ou de renseignements* », elle ne cesse de se développer<sup>23</sup>, et devient très rapidement incontournable. Née des nécessités de la pratique, elle a pour objet des investigations destinées à fournir au

<sup>15</sup> Art. § 163 du StPO (Code de procédure pénale allemand).

<sup>16</sup> Art. 282 du Code de procédure pénale espagnol

<sup>17</sup> Art. 148 du Code d'instruction criminelle et la loi de Police (PW).

<sup>18</sup> Art. 2 de la loi sur la Police ; Les investigations sont menées en vertu des règles du point 23 kap du Code des procédures (Rättegångsbalken).

<sup>19</sup> Police and Criminal Evidence Act 1984, notamment article 1<sup>er</sup> et Police Act 1997.

Disponible sur : <http://www.juriscope.org/index.htm> [consulté le 08/07/2007]

<sup>20</sup> CARBASSE, Jean-Marie. op. cit.

<sup>21</sup> Art. 8 et 90 du Code d'Instruction Criminelle.

<sup>22</sup> DECOCQ, André., MONTREUIL, Jean., BUISSON, Jacques. op. cit. p.6.

<sup>23</sup> DENIS, Guy. op. cit ; BUISSON, Henri. op. cit.

procureur de la République des renseignements relatifs à un fait susceptible de constituer une infraction, afin qu'il puisse décider de la suite à envisager. Aussi, les OPJ ont de plus en plus recours à ce type d'enquête et multiplient les actes d'investigations effectués dans ce cadre *extra legem*, autorisés par le ministère public et validés par les juges du fond et du droit<sup>24</sup>. Si l'utilité des enquêtes officieuses pour l'exercice de l'action publique n'est plus à démontrer, il n'en reste pas moins que ces enquêtes ne reposent sur aucun fondement légal. La doctrine<sup>25</sup> ne manque pas de soulever les nombreuses insuffisances de la loi et les diverses atteintes aux libertés individuelles, mais la procédure informelle de l'enquête officieuse est efficace, pragmatique et les autorités n'entendent pas s'en dispenser.

**209.** Après l'échec de la commission Donnedieu de Vabres<sup>26</sup>, la commission de réforme Besson parvient à un compromis entre la sécurité et la liberté<sup>27</sup>. La promulgation du Code de procédure pénale en 1958, fixe un cadre légal autour des pratiques policières. Pour des raisons pragmatiques qui ont fait leurs preuves pendant plusieurs décennies d'application, le législateur inscrit les procédures extralégales dans la loi. Il reconnaît et valide les pratiques policières, notamment les deux grandes institutions que sont l'enquête préliminaire et la garde à vue. Désormais, l'encadrement légal des enquêtes de police et des actes d'investigation s'y attachant constituent un garde-fou essentiel contre les abus d'arrestations, de détentions et de procédures.

La protection de la loi est indispensable mais elle se révèle insuffisante pour préserver les droits de la défense. Dans les autres pays européens<sup>28</sup>, la phase policière reste dominée par le ministère public qui dirige l'enquête. Seulement le mis en cause y dispose de nombreux droits. À titre d'exemple, le système pénal allemand – proche de notre système pénal de par sa nature inquisitoire pendant l'enquête – reconnaît au suspect le droit d'être informé de ses droits et des faits qui lui sont reprochés, le droit de garder le silence, le droit de prévenir un membre de sa famille, et le droit à l'assistance d'un avocat. L'Italie, le Royaume-Uni, la Suède, les Pays-Bas, la Suisse ou encore l'Espagne reconnaissent ses mêmes droits<sup>29</sup>. En France, nous observons un déficit des droits de la défense pendant l'enquête, notamment durant la garde à vue. Depuis l'adoption du Code de procédure pénale, des réformes importantes sont intervenues<sup>30</sup>, mais il faut attendre les lois du 4 janvier et du 24 août 1993<sup>31</sup> pour que le législateur consente enfin à octroyer des droits à la défense durant l'enquête,

---

<sup>24</sup> Cass. crim. 08 octobre 1840, Bull. crim. n°300 ; Cass. crim. 9 nov. 1843, Bull. crim. n° 278. Cf. La circulaire du garde des Sceaux aux procureurs généraux et procureurs du Roi du 9 avril 1825 in J.-Cl. Proc. pén., Enquête préliminaire, p.2.

<sup>25</sup> **HELIE**, Faustin. *Traité d'instruction criminelle*. Éd. Plon, 1867 ; **GARCON**, Maurice. *Défense de la liberté individuelle*. Éd. Fayard, 1957 ; **MERLE**, Roger., **VITU**, André. *Traité de droit criminel. Procédure pénale*. Cujas, 3<sup>e</sup> Éd. 1979. 5<sup>e</sup> Éd. 2001 ; **BESSON**, Antonin. *Chronique sur la garde à vue*. D. 1958, p.136 ; **BLONDET**, Maurice. *La légalité de l'enquête officieuse*. JCP 1955, chron. n° 1233, p.19.

<sup>26</sup> Projet de réforme du Code de procédure pénale. V. Rev. sc. crim. 1949, p.433, 617 et 796.

<sup>27</sup> **HELIE**, Faustin., **BROUCHOT**, Jean et Jacques., **GAZIER**, Jacques. *Analyse et commentaire du Code de procédure pénale*. Paris, 1959 ; **BESSON**, Antonin. *Esquisse d'une rénovation de notre procédure pénale*. D. 1955, chron. p.55 ; *L'origine, l'esprit et la portée du Code de procédure pénale*. Rev. sc. crim. 1959, p.271 ; **VOUIN**, Robert. *Le Code de procédure pénale*. JCP 1959, I, 1477 ; **MIMIN**,. D. 1959, chron. n°17.

<sup>28</sup> **DELMAS-MARTY**, Mireille. *Procédures pénales d'Europe*. Coll. Thémis, Éd. PUF, 1996, p.

<sup>29</sup> Pour chacun de ces pays, il est nécessaire de se référer aux nombreux rapports émis par le CPT dans le cadre des visites du comité.

Disponible sur : <http://www.cpt.coe.int/fr/etats.htm> [consulté le 08/07/2007]

<sup>30</sup> Les lois du 17 juillet 1970 et 6 août 1975 ont régleménté la détention provisoire, la loi du 09 octobre 1981 supprime la peine capitale...

<sup>31</sup> Loi n° 93-2 du 04 janvier 1993 ; Loi n° 93-1013 du 24 août 1993.

Disponible sur : <http://www.legifrance.gouv.fr/> [consulté le 08/07/2007]

restée jusqu'alors le sanctuaire absolu du pouvoir policier. Pour la première fois, sous l'impulsion d'un fort courant européen des droits de l'homme<sup>32</sup>, la défense se voit reconnaître des droits garantis par l'émergence concomitante des principes du contradictoire et de l'égalité des armes. Loin d'être achevée, l'édification du système de défense pénale moderne se poursuit avec la loi du 15 juin 2000<sup>33</sup>. Le législateur inscrit pour la première fois, de manière expresse et dans un article préliminaire, les principes directeurs qui gouvernent notre procédure pénale, au premier rang desquels figurent les principes du contradictoire et de l'égalité des armes. À partir d'octobre 2001, un courant sécuritaire renverse le mouvement libéral, s'empare du Parlement et multiplie les réformes conservatrices.

Au terme de cette instabilité normative, une défense émerge néanmoins de la phase d'enquête. Elle reste fragmentée, conditionnelle et fragile, mais elle existe.

**210.** Parmi l'ensemble des enquêtes de police, l'enquête préliminaire se présente a priori comme la plus favorable à l'exercice du principe du contradictoire. La nature consensuelle et informelle de l'enquête constitue incontestablement un domaine privilégié à l'application du principe, à l'échange d'informations et au dialogue. En outre, elle obéit au principe directeur de la non coercition ou de la contrainte acceptée. Aucun acte coercitif ne peut être exécuté à l'encontre d'une personne sauf si celle-ci accepte expressément ou implicitement par un consentement qui, en toute hypothèse, doit être exempt de vices. Une jurisprudence constante de la Cour de cassation rappelle le caractère libre et volontaire de l'assentiment<sup>34</sup>. Ainsi, il est possible d'affirmer la prégnance du contradictoire dans la nature même de l'enquête préliminaire, puisqu'elle fait peser sur l'enquêteur, une obligation d'informer complètement le particulier de son droit de refuser la mesure coercitive qu'il entend mettre en œuvre à son encontre. Aussi, le contradictoire<sup>35</sup> apparaît en filigrane de l'enquête préliminaire comme une condition d'application des actes d'investigation.

À l'inverse, lorsque la coercition se substitue au libre consentement de la personne – notamment dans le cadre d'une enquête de flagrance ou pour un acte d'investigation exigeant

---

<sup>32</sup> Via le contrôle réel de la Cour de Strasbourg sur les législations nationales depuis l'arrêt *Airey* du 09 octobre 1979 – qui considère que le but de la convention consiste à protéger non pas des droits théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs – associé à l'ouverture en 1981 du droit de recours individuel devant la CEDH, l'influence du droit européen sur les législations internes s'accroît avec les premières condamnations, notamment en matière d'enquête. Cf. Aff. *Tomasi c/France* du 27 août 1992, Aff. *Selmouni c/France* du 28 juillet 1999. On retrouve cette influence dans le projet de réforme de la mise en état de la procédure pénale. **DELMAS-MARTY**, Mireille. *Rapport sur la mise en état des affaires pénales*. Commission justice pénale et droit de l'homme, La Documentation française, 1991. Voir également, **DELMAS-MARTY**, Mireille. *Procès pénal et droits de l'homme. Vers une conscience européenne*. Coll. Les voies du droit, Éd. PUF, 1992 ; **BOULOC**, Bernard. **LEVASSEUR**, Georges., **STEFANI**, Gaston. *Procédure pénale*. Précis Dalloz. 18<sup>e</sup> Éd. 2001, pp.68-75 ; **GUINCHARD**, Serge., **BUISSON**, Jacques. *Procédure pénale*. Litec, 2005, pp.57-62. Disponible sur : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/914059500/index.shtml> [consulté le 08/07/2007]

<sup>33</sup> Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000.

<sup>34</sup> Cass. crim. 12 mai 1923, DP 1923, I, chron.174 ; Cass. crim. 30 mai 1980, D. 1981, jurispr. p.533 ; Cass. crim. 24 juin 1987, Bull. crim. n° 186.

<sup>35</sup> En l'espèce, le principe s'entend exclusivement dans son sens informatif – on informe l'individu sur sa situation juridique et les droits y afférents – et non dans son sens plus processuel, relatif à la consultation des pièces du dossier, ou argumentatif qui permet d'opposer des thèses distinctes. Ces formes du contradictoire ne sont pas admises pendant l'enquête pour des motifs qui tiennent autant de la pratique que de la doctrine. Généralement, à ce moment de la procédure, le dossier pénal est en cours d'élaboration, donc inconsultable. Ensuite, dans les hypothèses où le dossier est quasiment achevé (exemple : les enquêtes où les investigations sont quasiment toutes réalisées en amont de l'arrestation), les enquêteurs et le parquet s'opposeraient à sa consultation parce qu'elle risquerait de nuire à l'efficacité de l'enquête. Enfin, s'il existe une discussion, un échange d'informations entre les parties, elle est essentiellement à sens unique.

l'exercice de la force –, le principe s'efface en partie derrière la puissance publique, mais il ne disparaît pas complètement. L'OPJ n'a nullement besoin de l'autorisation préalable du particulier pour mener ses investigations. Néanmoins, il doit l'informer des mesures qu'il compte prendre à son encontre. Le principe de coercition qui oriente l'enquête de flagrance et certaines mesures d'investigation n'est pas exclusif d'une application du contradictoire. Pour preuve, la garde à vue qui peut être considérée comme l'acte de police judiciaire le plus coercitif et le plus attentatoire aux libertés individuelles, recèle de nombreuses manifestations du contradictoire, qui permettent l'exercice des droits de la défense<sup>36</sup>.

Dans sa mise en œuvre, le contradictoire est indépendant de la contrainte. L'exercice de l'une n'empêche pas et ne provoque pas l'application de l'autre. Elle protège les droits de la défense, notamment dans les situations particulièrement attentatoires aux libertés individuelles, lorsqu'il est fait usage de la coercition légale. Elle démontre la résistance et la force du principe. L'existence d'un seuil minimal de contradictoire qui transcende l'ensemble des enquêtes de police, est une garantie d'application des droits de la défense. Cependant, il eut été plus judicieux d'indexer l'accroissement du contradictoire en proportion du degré de contrainte et d'intensité des atteintes. En effet, il est pour le moins paradoxal de relever une densité du contradictoire inversement proportionnelle à la force de la contrainte. Généralement, la protection des droits de la défense s'accroît en proportion de la puissance émise par l'accusation<sup>37</sup>. En l'espèce, dans le cadre de la flagrance, le législateur entend privilégier la coercition « à finalité probatoire<sup>38</sup> ».

**211.** L'émergence du principe de l'égalité des armes au sein de l'enquête rencontre davantage de résistances que le principe du contradictoire. Pourquoi ? Pour commencer, l'enquête est traditionnellement une phase déséquilibrée au profit de l'accusation et particulièrement disproportionnée au détriment de la défense. Lorsqu'elle n'est pas gouvernée par l'action ou la coercition « à finalité probatoire », elle ne cesse de rechercher des preuves par tous les moyens mis à sa disposition. À l'opposé, ce principe véhicule des propositions qui remettent en cause les dogmes traditionnels qui règlent les enjeux de l'enquête de police. Il met en œuvre une dynamique de droits sinon comparables, au moins aussi efficaces et pertinents que ceux utilisés par la partie poursuivante, dans le but d'offrir à la défense, « *une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire*<sup>39</sup> ». Aussi, ils s'opposent mutuellement l'un à l'autre sur leur finalité, sur les moyens employés pour y parvenir, et sur leurs forces respectives.

Traditionnellement, la phase d'enquête a toujours représenté un "bastion" de l'accusation devant laquelle, la défense tenait un rôle passif et insignifiant. Non seulement elle a longtemps été inexistante, mais en plus elle devait subir les pouvoirs exorbitants et attentatoires aux libertés d'une accusation toute puissante, notamment en enquête de flagrance. L'émergence d'une défense au sein d'un domaine historiquement sous l'emprise exclusive de la partie poursuivante constitue une avancée indiscutable sur un plan symbolique. La reconnaissance de la défense en tant que partie à part entière à la procédure est une manifestation primaire et ostensible du principe. Ce premier progrès établi, il se renforce à travers les droits octroyés à la défense pendant l'enquête. Ils recouvrent les progrès réalisés par l'application des principes du contradictoire et de l'égalité des armes tels que

---

<sup>36</sup> Cf. infra. n°247 et s.

<sup>37</sup> C'est effectivement cette idée qui domine l'esprit du Code de procédure pénale, de la Convention européenne des droits de l'homme et de la jurisprudence européenne à travers la Cour de Strasbourg.

<sup>38</sup> GUINCHARD, Serge., BUISSON, Jacques. op. cit. p.442.

<sup>39</sup> CEDH du 27 octobre 1993, Aff. *Dombo beheer c/Pays-Bas*, Série A, n°274, § 33.

l'ouverture d'un recours si l'arrestation est non fondée, et les droits afférents à la personne gardée à vue. Mais, l'évènement le plus marquant se manifeste avec l'arrivée de l'avocat. Elle n'est pas sans rappeler son entrée à l'instruction en 1897. Le parallèle est tellement saisissant que les critiques d'aujourd'hui sont semblables à celles de l'époque<sup>40</sup>. Sur un plan strictement formel, il comble un espace laissé partialement vide. Il participe ainsi au rétablissement de l'équilibre entre les parties. Toutefois, les apports concrets engendrés par l'arrivée du conseil, sont relativement modestes comme pour l'ensemble des manifestations du principe.

**212.** L'existence des droits et des principes est fragmentée, résiduelle et transversale aux enquêtes. La dichotomie qui distingue l'enquête préliminaire de l'enquête de flagrance, traditionnellement employée par la doctrine pour décrire la mise en état des affaires pénales, n'est plus réellement appropriée<sup>41</sup>, mais surtout, elle est moins pertinente. Nous y préférons une *suma divisio* fondée sur les actes d'investigation. Les enquêtes de police, caractérisées par la recherche et l'administration de la preuve, n'entretiennent pas le même rapport avec les droits et les principes selon que les investigations portent sur les choses ou sur les personnes.

## **B – Les actes d'investigation objectifs**

**213.** Les développements sur les actes d'investigation objectifs sont relativement succincts, mais il nous est impossible d'en faire l'économie parce que d'une part, ils participent à la démonstration générale de progression des droits de la défense, et d'autre part, ils permettent d'effectuer une comparaison avec la phase d'instruction, et servent de fondement à notre réflexion<sup>42</sup>. Cette concision est directement issue de l'isolement de la défense pénale au moment de la recherche des preuves (1). Son absence se fonde principalement sur une enquête traditionnellement efficace, une légitimité scientifique de la preuve, et accessoirement sur les difficultés de mise en œuvre d'une représentation de la défense (2).

### *1) Une défense pénale isolée*

**214.** La phase de recherche de preuves et d'investigations policières concède très peu d'espace à la défense pour exister. Les premiers temps de l'enquête sont déterminants et décisifs. La police se doit d'être réactive et efficace dans son intervention. Lors de la saisine<sup>43</sup> d'un service enquêteur, les policiers possèdent très peu d'éléments, à moins d'intervenir en flagrance. Ils sont généralement informés du type d'infraction, du lieu et éventuellement des circonstances, de l'identité de l'auteur présumé. Seulement, juridiquement, il leur faut construire un dossier pénal avec des éléments de preuves qui démontrent la matérialité des

---

<sup>40</sup> En 1897, lorsque le gouvernement interroge la Cour de cassation pour obtenir son avis, elle répond unanimement qu'il s'agit d'un système inacceptable, « destructeur de toute enquête judiciaire utile ».

<sup>41</sup> La dichotomie classique en matière d'enquête qui décrivait une différence de nature entre l'enquête préliminaire et l'enquête de flagrance, s'est considérablement restreinte, au point d'avancer l'idée qu'elle repose davantage sur une nuance de degré, que sur une différence de nature.

<sup>42</sup> Cf. Partie 2.

<sup>43</sup> Les services d'enquête peuvent débiter leurs investigations à partir du dépôt de plainte d'une victime, d'une dénonciation, d'une information collectée auprès d'indicateurs policiers ou d'aviseurs des douanes.

faits, et si possible son imputabilité à l'égard de l'intéressé. Sur le terrain, la promptitude et l'efficacité des enquêteurs se traduisent par un transport sur les lieux, le constat de l'infraction, les constatations matérielles<sup>44</sup> et le cas échéant, en fonction des premiers éléments de l'enquête, ils procèdent à d'autres actes d'investigation tels que des perquisitions, des saisies<sup>45</sup>, des réquisitions de personnes qualifiées<sup>46</sup> et des auditions<sup>47</sup>. L'action de la police obéit à une logique rationnelle<sup>48</sup> quasi systématique faisant appel à toutes les méthodes d'investigations connues et adaptées aux faits<sup>49</sup>. Aussi, ils disposent de moyens d'investigation importants<sup>50</sup>, performants, à la pointe des nouvelles technologies pour constater la matérialité des faits, préserver les preuves et identifier le ou les auteurs présumés. La recherche et le recueil de preuves recèlent une phase stratégique, et déterminante à la fois pour l'accusation et la défense, qui transcende l'ensemble du procès pénal. En effet, pour le ministère public, les preuves amassées pendant l'enquête déterminent non seulement les poursuites, mais elles constituent le soutien nécessaire et objectif de la demande d'entrée en condamnation. En ce qui concerne la défense, l'appréciation nécessairement critique des preuves, au moins dans un premier temps afin d'en vérifier la validité, la pertinence et l'objectivité, conditionne profondément les stratégies de défense. Ainsi, les enjeux et les résultats de cette première étape des investigations ne se limitent pas à la seule phase policière, ils ont un retentissement sur l'ensemble du procès pénal. Devant leur ampleur, il convient de remarquer l'omniprésence et les pouvoirs exorbitants de la partie poursuivante, face à la transparence d'une défense pénale isolée.

**215.** Le non respect des principes pendant la recherche et le recueil de la preuve est symptomatique d'une absence des droits de la défense. La partie poursuivante procède seule

---

<sup>44</sup> Art. 54 et 74 C. pr. pén. Si les textes organisant l'enquête préliminaire et celle en recherche des causes de disparition ne les mentionnent pas explicitement, le transport sur les lieux et les constatations sont évidemment permis en toutes matières. En enquête préliminaire, certains actes exigent l'assentiment de l'intéressé (art. 76 C. pr. pén.). V. également. **GUINCHARD**, Serge., **BUISSON**, Jacques. op. cit. pp.492-506 ; **BOULOC**, Bernard. **LEVASSEUR**, Georges., **STEFANI**, Gaston. op. cit. pp.98-121.

<sup>45</sup> Art. 56 et 76 C. pr. pén. **MATSOPOULOU**, Haritini. op. cit. n°634-697.

<sup>46</sup> Art. 60 et 77-1 du C. pr. pén. Le recours à toute personne qualifiée pour procéder à des constatations ou des examens technique ou scientifique est juridiquement distinct du statut de l'expert qui réalise une expertise. Cass. crim. 15 mars 1988, Bull. crim. n°128 ; **PRADEL**, Jean. *Viol : un examen médico-psychologique de la prétendue victime est-il un examen technique ou scientifique au sens de l'art. 77-1 du code de procédure pénale ?* D. 1999, Somm. Com., p.327 ; **FOMBONNE**, Jacques. *Les difficultés juridiques dans la définition de l'expertise pénale.* Gaz. Pal. du 03 février 1995, p.196 ; **REDON**, Michel. *Article 77-1 CPP : un salutaire rappel des principes.* D. 2001, jurisp. p.1128 ; **MATSOPOULOU**, Haritini. op. cit. n°625-632 ; contra **MERLE**, Roger., **VITU**, André. *Traité de droit criminel. Procédure pénale.* Cujas, 4<sup>e</sup> Éd. 1989. n°272.

<sup>47</sup> Cf. infra §2. « Depuis déjà longtemps, la doctrine insiste sur une moindre nécessité des déclarations des témoins ou des suspects, et sur une importance accrue de la preuve scientifique : à l'obscurantisme de la preuve par témoignage doit succéder la lumière de la preuve scientifique ». **MATSOPOULOU**, Haritini. op. cit. n°879.

<sup>48</sup> **DULONG**, Renaud. *La rationalité spécifique de la police technique et scientifique.* RICP juillet-septembre 2004, p.259.

<sup>49</sup> Les moyens d'investigation modernes de la police technique et scientifique prennent une place de plus en plus importante dans les enquêtes de police judiciaire, notamment en matière criminelle. Bien évidemment, ils sont beaucoup moins sollicités pour toutes les affaires courantes de police de proximité ou de maintien de l'ordre, tels que les vols, les violences ou les dégradations. Les services d'enquête adaptent leurs moyens d'investigation en fonction du type d'infraction.

<sup>50</sup> À titre d'illustration, les laboratoires de police technique et scientifique (LPTS) réalisent des examens en balistique (études des armes, munitions, trajectoires de tir, incendie, explosif...), en biologie (analyse de sang, sperme, cheveux, recherche d'empreintes génétiques...), sur des documents (écriture, faux document...), en physique et chimie (études des peintures, résidus de tir, verres, terres...), en matière de stupéfiants, ou encore en toxicologie. Voir **GRAVET**, Bernard. *Police technique et scientifique et pratiques professionnelles.* Les cahiers de la sécurité intérieure, n°21, 1995, p.25.



aux investigations. Elle dispose de moyens fonctionnels, structurels et financiers<sup>51</sup> suffisants pour les entreprendre. En outre, dans ce dessein, elle bénéficie non seulement des dispositions et des autorisations de la loi, mais elle dispose également de la force publique<sup>52</sup>, si nécessaire. De son côté, la défense connaît une première limite importante qui l'exclut *de facto* de cette période, à savoir que le temps de la recherche des preuves ne correspond pas forcément au temps de la défense. En ce qui concerne les investigations effectuées en amont d'une arrestation<sup>53</sup>, la défense est logiquement absente, puisqu'elle n'existe pas encore. À l'image du droit civil, c'est une défense *in futurum*. Or, en matière pénale, elle ne possède ni droits ni existence juridique.

Ensuite, dans l'hypothèse où la défense connaît une existence réelle, à travers la personne du suspect, sa présence au moment des actes d'investigation est totalement ignorée par le service d'enquête. Libre ou placé en garde à vue<sup>54</sup>, le suspect est seul. L'avocat n'est pas présent au moment des constatations ou des perquisitions. La défense est transparente, dépourvue de droits, privée de moyens d'action et parfois contrainte à autoriser certaines investigations. L'unique instant de contradictoire au sein des constatations policières s'inscrit dans l'enquête préliminaire, lorsque l'OPJ est contraint de solliciter le consentement du mis en cause pour réaliser une perquisition et des saisies<sup>55</sup>. Il est informé de ses droits et en théorie libre de choisir. En effet, si cette présence presque incongrue du contradictoire surgit au milieu du domaine d'investigation, il n'en reste pas moins entièrement déséquilibré et totalement acquis à l'accusation. Aussi, en pratique, il est rare que la personne ne défère pas aux réquisitions des OPJ, même lorsqu'elle en a la possibilité. L'inégalité des armes n'est pas exclusivement juridique, en l'espèce, elle est également morale. La personne se sent dans l'obligation sinon juridique au moins psychologique d'obtempérer en raison de la portée symbolique qu'exerce plus ou moins inconsciemment l'autorité publique sur chaque individu.

---

<sup>51</sup> La police nationale dispose de cinq services centraux sur la logistique, la recherche, la documentation criminelle l'identité judiciaire, un service central des laboratoires, et des services régionaux, soit un effectif de 1500 agents de police technique et scientifique dont 300 scientifiques. La gendarmerie nationale connaît des développements analogues dont le plus connu est l'institut de recherche criminelle de Rosny-sous-bois. Cf.  **DIAZ**, Charles. *La Police technique et scientifique*. Coll. Que sais-je ?, Éd. PUF, 2000, pp.29-42 ;  **GAYET**, Jean. *Manuel de police scientifique*. Monographie, 1961 ;  **BUQUET**, Alain. *Manuel de criminalistique moderne : la science et la recherche de la preuve*. 2<sup>nd</sup> Éd. PUF, 2003. Pour une étude comparée sur la preuve pénale et le progrès scientifique, on peut se référer au programme d'échange GROTIUS piloté par la Commission européenne.

Disponible sur : [http://www.enm.justice.fr/centre\\_de\\_ressources/seminaires\\_euro/grotius/francais.htm](http://www.enm.justice.fr/centre_de_ressources/seminaires_euro/grotius/francais.htm) [consulté le 08/07/2007]

<sup>52</sup> Art. 56, 74 al.1, 76 al.4, 77 et 78 du C. pr. pén.

<sup>53</sup> Généralement, il s'agit d'investigations menées sur plusieurs semaines par des institutions spécialisées comme la brigade des stupéfiants, des mœurs, la financière, les douanes, la DGCCRF ou par un groupe transversal comme les GIR (Groupe d'intervention régional), à l'encontre de trafics organisés en réseau ou non. Ces enquêtes proactives répriment des infractions occultes comme le blanchiment d'argent, le trafic de stupéfiants, le proxénétisme, le commerce d'être humains, le travail illégal, le trafic d'œuvres d'art...

<sup>54</sup> Art. 56 et 76 du C. pr. pén. La régularité d'une perquisition ne nécessite pas le placement en garde à vue de la personne chez laquelle elle se déroule. Cass. crim. 12 décembre 2000, Bull. crim. n°369. D. 2001, 1340, note D. Mayer et J-F Chassaing.

<sup>55</sup> L'article 76 du Code de procédure pénale pose le principe selon lequel « *les perquisitions, visites domiciliaires et saisies de pièces à conviction ne peuvent être effectuées sans l'assentiment exprès de la personne chez laquelle l'opération a lieu* ». Cet assentiment doit revêtir la forme d'une déclaration écrite de la main de l'intéressé (art. 76, al. 2) et être ainsi rédigé : « *Sachant que je puis m'opposer à la visite de mon domicile, je consens expressément à ce que vous opérerez les perquisitions et saisies que vous jugerez utiles à l'enquête en cours.* » Art. 136 C. pr. pén ; « *L'exigence d'un écrit est une condition de validité du consentement qui se justifie parce qu'elle attire l'attention de son auteur sur l'opération à laquelle il se soumet et permet ainsi de présumer qu'il a accepté la mesure avec discernement* ».  **PIN**, Xavier. *Le consentement en matière pénale*. Thèse publiée à la LGDJ, 2002, n°491 et s.

Quand bien même elle refuserait, sur requête du procureur de la République, le juge des libertés et de la détention, peut décider qu'il sera passé outre son refus<sup>56</sup>. Le recours à un juge du siège, gardien des libertés individuelles, pour reconsidérer le rejet de la demande d'investigation, ne constitue pas par essence une atteinte aux principes et aux droits de la défense. Seulement le processus qui entoure la prise de décision est loin de satisfaire aux critères de la contradiction et de l'égalité des armes. En effet, lorsque les enquêteurs sollicitent auprès du juge des libertés et de la détention l'autorisation d'effectuer la procédure par téléphone ou par fax, avec ou sans la remise des premières pièces du dossier, la défense est inexistante. Afin d'accélérer et provoquer la décision, les enquêteurs démontrent la nécessité de l'investigation et ne manquent pas de lui rappeler qu'il existe un risque de dépérissement des preuves. Aussi, le juge des libertés et de la détention rend-il une ordonnance motivée sans entendre les arguments ni même l'avis de la défense. En définitive, quel que soit le régime appliqué à la recherche et aux constatations des preuves, la défense pénale est au mieux consultée, le plus généralement ignorée, et dans le pire des cas, elle est contrainte.

## 2) Fondements du déséquilibre

**216.** L'inexistence des principes et des droits s'explique juridiquement, et se fonde essentiellement sur une enquête traditionnellement efficace, sur une légitimité scientifique de la preuve et accessoirement sur les difficultés de mise en œuvre d'une représentation de la défense.

En qualité de représentant de la société, le ministère public a pour mission de veiller au respect de l'ordre public et de l'intérêt général. L'inégalité des parties au procès pénal commande l'existence de la présomption d'innocence qui justifie à son tour la règle selon laquelle le ministère public a la charge<sup>57</sup> d'établir la culpabilité du mis en cause pour les faits qui lui sont reprochés à l'aide des moyens de la puissance publique. Aussi, la loi lui confère le pouvoir d'user de l'action publique<sup>58</sup>. Il dispose de la liberté de la preuve<sup>59</sup> et de tous actes d'investigation légalement mis à sa disposition.

Côté défense, le droit positif ne prohibe pas spécifiquement l'application des principes du contradictoire et de l'égalité des armes en matière de recherche et d'administration de la preuve. Bien au contraire, l'article préliminaire du Code de procédure pénale, les articles 5 et 6 de la CEDH et la jurisprudence de la Cour de Strasbourg<sup>60</sup> les reconnaissent et les prescrivent à l'ensemble de la procédure pénale. Seulement la défense est victime d'une tradition judiciaire qui considère toujours l'enquête comme secrète et non contradictoire. Historiquement, sa nature inquisitoriale repose sur une recherche et une administration des preuves systématisée (les interrogatoires et l'aveu) dans le seul intérêt de l'État. Bien que les

---

<sup>56</sup> Entrée en vigueur, le 01 octobre 2004, art. 76 al.4 du C. pr. pén. Ce nouveau dispositif n'est en fait qu'une généralisation de ce que prévoyaient déjà, dans des domaines restreints (armes, explosifs, stupéfiants et terrorisme), les articles 76-1 et 706-24 (abrogés à compter du 1er octobre 2004). Cette généralisation n'est toutefois pas absolue puisque le dispositif ne concerne pas les enquêtes relatives à une contravention ou à un délit puni d'une peine d'emprisonnement inférieure à 5 ans.

<sup>57</sup> GUINCHARD, Serge., BUISSON, Jacques. op. cit. p.387.

<sup>58</sup> Art. 31 et 32 du C. pr. pén.

<sup>59</sup> MOLINA, Emmanuel. *La liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain*. Thèse, publiée au PUF, Aix-Marseille, 2001.

<sup>60</sup> V. CEDH du 19 décembre 1989, Aff. *Kamasinski* c/Autriche, Série A, n°168, § 87.

techniques probatoires objectives se soient considérablement développées, le poids de la tradition faisant, la nature de l'enquête est restée inchangée. En outre, la doctrine et les praticiens se fondent et déduisent de la loi du 30 décembre 1996<sup>61</sup>, qui organise la consultation du dossier pénal par le mis en examen, le caractère non contradictoire de l'enquête.

**217.** L'explication juridique de cette inexistence est étroitement liée à sa justification primaire. Historiquement, l'enquête d'office est une périphrase euphémistique créée par l'inquisition religieuse pour obtenir l'aveu du suspect au moyen de la torture<sup>62</sup> afin qu'il soit condamné. Face aux résultats probants obtenus par les instances religieuses, l'État de droit naissant l'adapte, et finalement l'adopte, au profit de son système judiciaire pénal, exclusivement à des fins d'efficacité<sup>63</sup>. Par essence, l'enquête se veut efficace, et elle met tout en œuvre pour l'être, au mépris éventuellement des droits de l'accusé. Avec l'influence de la tradition, l'efficacité perdure, elle s'affirme encore aujourd'hui comme une caractéristique immuable de l'enquête, excluant toute action de la défense.

Par ailleurs, les investigations scientifiques spécifiques comme les analyses d'ADN<sup>64</sup>, les examens moléculaires<sup>65</sup> ou les études chimiques<sup>66</sup>, sont préparées, réalisées et fondées sur les acquis de la Science. Elles tendent à devenir le parangon de la preuve idéale même si en pratique elles restent un mythe. Elles délivrent matériellement et rationnellement, non pas la vérité, mais une vérité, basée sur un socle scientifique sur lequel les critiques partisans sont limitées. La vérité scientifique s'impose à l'ensemble des parties comme étant la réalité des faits. Aussi, la participation de la défense à ce dispositif technique est parfaitement indifférente.

Quand bien même il serait démontré qu'une participation active d'un défenseur dans l'administration de la preuve est loin de compromettre l'efficacité de l'enquête<sup>67</sup>, elle nécessiterait une importante mobilisation politique, une réorganisation du Barreau, une disponibilité sans pareil des avocats et une participation active de l'État dans son financement. L'intervention d'un défenseur ne constituerait nullement un précédent au sein de l'enquête, elle s'inscrirait davantage en complément, et dans la continuité de son entrée en garde à vue. Seulement ni la volonté politique ni la mobilisation du Barreau ne considèrent, aujourd'hui, cette réforme comme prioritaire. En définitive, l'efficacité traditionnelle, la légitimité scientifique et les contingences de mise en œuvre d'une défense pénale militent pour un immobilisme de la situation. Pour être tout à fait exact, il nous est impossible de passer sous

<sup>61</sup> Loi n° 96-1235 du 30 décembre 1996 relatif à la reproduction des pièces d'une procédure d'instruction.

<sup>62</sup> **MELLOR**, Alec. *La Torture : son histoire, son abolition, sa réapparition au XX<sup>e</sup> siècle*. Monographie, 1961.

<sup>63</sup> « *La lutte contre le crime commande que tous les moyens soient mis en œuvre pour le faire apparaître et le punir. À certaines périodes de l'histoire, il a assurément été admis que la fin (légitime) pouvait justifier les moyens (illégitimes)* ». **MATSOPOULOU**, Haritini. op. cit. n°876 ; **CARBASSE**, Jean-Marie. *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*. Coll. Droit fondamental, Éd. PUF, 2000, pp.31-43, 98-107, 155-165 ; **CHIFFOLEAU**, Jacques. *Avouer l'inavouable : l'aveu et la procédure inquisitoire à la fin du Moyen-Âge*. in *L'aveu. Histoire, sociologie, philosophie*. (dir.) **DULONG**, Renaud. Éd. PUF, pp.57-97.

<sup>64</sup> **BYK**, Christian. *Tests génétiques et preuve pénale*. RIDC 1998, Vol 2, p.683 ; **HENNAU-HUBLET**, Christiane., **KNOPPERS**, Bartha-Maria. *L'analyse génétique à des fins de preuve et les droits de l'homme*. Travaux de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain. Éd. Bruylant, 1997. spé. p.21 ; **DOUTREMEPUICH**, Christian. *Les empreintes génétiques en pratique judiciaire*. La Documentation française, 1998.

<sup>65</sup> **NEUMANN**, Cédric. **MARGOT**, Pierre. *De l'identité de sources d'échantillons d'encre en criminalistique*. RICP avril-juin 2003, p.237 et 341.

<sup>66</sup> **ESSEIVA**, Pierre., et al. *Les signatures chimiques à partir des saisies de produits stupéfiants*. RICP janvier-mars 2002, p.104.

<sup>67</sup> Cf. infra n°565 et s.

silence la relation d'interdépendance entre la dichotomie des actes d'investigation et l'évolution des principes et des droits dans chacun de ces champs.

**218.** La nature des actes d'investigation fournit une explication rationnelle à l'évolution de l'application des principes et des droits. Les actes d'investigation objectifs représentent un nombre important de procédés probatoires pour une application relativement réduite<sup>68</sup> en matière de police judiciaire. La qualité de vérité scientifique – absolue – accordée aux preuves objectives ne favorise pas le développement des principes et des droits de la défense au sein de ces enquêtes d'investigation, malgré des carences évidentes. À l'opposé, les actes d'investigation subjectifs se réduisent essentiellement aux auditions d'une personne. Elles s'exécutent de façon systématique et transversale à toutes les enquêtes, notamment en matière de police de proximité. Elles en constituent le support nécessaire et indispensable. Cependant, elles possèdent une nature subjective qui tend vers une vérité relative alors que les investigations objectives prétendent à la quête de la vérité absolue. Scientifiquement et rationnellement, les preuves subjectives sont plus fragiles, instables et précaires que leurs homologues objectives. Aussi, il est logique que le législateur se soit davantage intéressé à développer les principes du contradictoire et de l'égalité des armes et les droits de la défense au sein de cette matière.

Avant d'appréhender la phase d'audition du mis en cause sous l'angle des principes et des droits, il convient au préalable d'examiner les procédures d'interpellation.

## § 2 – Les interpellations

**219.** Dans la pratique, rien ne distingue véritablement la simple mise à disposition d'une personne de son arrestation<sup>69</sup>. Pour l'intéressé, au moment même de sa mise en œuvre, le constat reste le même il n'est plus libre de ses mouvements, avec ou sans contrainte. Toutefois, au-delà de cette homologie trompeuse, les statuts et les régimes juridiques du canevas qui s'étend de la simple invitation policière à l'arrestation coercitive démontrent une certaine diversité où les droits sont proportionnels à la gravité de l'atteinte. Aussi, il nous faut distinguer les simples mises à disposition (A) du placement en état d'arrestation (B).

---

<sup>68</sup> À partir du dépouillement d'une série de dossiers judiciaires (affaires d'assassinats, de meurtres et de coups mortels jugées dans une Cour d'Assises de la région parisienne) et d'entretiens approfondis avec des enquêteurs de police judiciaire, l'auteur propose une analyse des conditions d'élucidation des homicides en confrontant les professionnels à leurs pratiques, ce qui l'amène à inverser la hiérarchie des trois principaux facteurs d'élucidation : les investigations sur la scène de crime (appelées aussi "constatations initiales"), l'enquête de voisinage et la recherche des témoins. Sur 102 dossiers étudiés il indique que seulement 7 % des affaires ont été élucidées grâce à l'exploitation de la scène du crime, 11 % grâce des investigations en cours d'enquête, mais 32 % par enquête de voisinage, 44 % par témoins et 5 % par dénonciation. Les éléments humains sont en réalité les plus déterminants pour identifier des suspects. **MUCCHIELLI**, Laurent. *L'élucidation des homicides : de l'enchantement technologique à l'analyse des compétences des enquêteurs*. Études et Données pénales 2005, n°98.

<sup>69</sup> Dès à présent, il est nécessaire de s'entendre sur les atteintes susceptibles d'être commises à l'occasion d'un procès. En raison du caractère administratif ou très spécifique de certaines mesures de police, les arrestations ou interpellations en matière de droits des Étrangers, droit des aliénés et droit militaire sont – discrétionnairement – exclus de notre étude.

## A – Les mises à disposition

**220.** Les mises à disposition ne portent pas spécifiquement atteinte aux droits de la défense au sens où la personne interpellée ne fait pas forcément l'objet d'une procédure d'enquête. Toutefois, en pratique, ces mesures constituent généralement "*l'antichambre*" de la défense. Aussi, il nous est apparu opportun d'apprécier le concept prétorien de l'invitation policière (1) et le cadre juridique de la rétention du témoin (2) au travers des principes du contradictoire et de l'égalité des armes.

### 1) *L'invitation policière*

**221.** L'invitation policière est un acte d'investigation qui a échappé à la réglementation normative. Sa nature extra légale suscite des atteintes aux principes sans réelle portée sur les droits de la défense, en raison d'une défense sous-jacente.

L'invitation policière est à l'image du droit de la police avant son encadrement par des règles de fond et de forme. Elle est complètement informelle, sans statut juridique, en dehors de la sphère normative et indépendante du type d'enquête. C'est une situation de pur fait dans laquelle un policier ou un gendarme sollicite la présence, un entretien ou une conversation verbale avec une personne. Elle rend compte des situations les plus diverses qui s'étendent de la demande de renseignement au rappel à l'ordre préventif<sup>70</sup>. *A priori*, cette discussion est libre, informelle, dénuée de contrainte, même si elle reste intéressée, elle laisse entrevoir l'application des principes du contradictoire et de l'égalité des armes.

**222.** L'invitation policière est un acte d'investigation quotidien efficace. Selon une étude statistique<sup>71</sup>, elle représente presque une audition sur deux pour les mis en cause. Les policiers profitent de l'ambiguïté coercitive et du flou juridique qui entoure ce concept pour obtenir des renseignements, tout en respectant – en apparence – les principes. Légalement, elle ne peut être considérée comme une mesure contraignante. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, la Convention européenne des droits de l'homme et la loi<sup>72</sup> en limitent expressément les hypothèses. Dans le cas contraire, des poursuites pour voie de fait et arrestation arbitraire seraient susceptibles d'être ouvertes<sup>73</sup>. De même, il n'existe aucune subrogation de droit qui oblige l'intéressé à accepter la discussion, il est libre de la refuser. Aussi, en apparence l'invitation policière respecte les principes et les droits. Cependant en pratique, pour être efficace, l'invitation policière n'est pas dénuée d'une certaine coercition équivoque et d'un contradictoire ambiguë.

Pour commencer, les enquêteurs sont des professionnels rompus à ce type d'exercice. Ils en connaissent parfaitement les caractéristiques et les limites. Ils savent présenter la requête de manière à obtenir les renseignements convoités. C'est un exercice de style très subtil qui exige de l'habileté et une certaine dextérité sémantique. L'efficacité de la demande réside dans la démonstration d'une coercition implicite suffisamment probante pour provoquer la

<sup>70</sup> Des rappels à l'ordre préventifs sont quotidiennement exercés par les forces de police en matière de circulation routière, d'infraction au bruit ou encore dans la lutte contre les incivilités.

<sup>71</sup> AUBUSSON de CAVARLAY, Bruno., HURE, Marie-Sylvie. *Arrestations, classements, défèvements, jugements. Suivi d'une cohorte d'affaires pénales de la police à la justice*. CESDIP, Études et données pénales, 1995, n°72, p.85.

<sup>72</sup> Art. 7 de la DDHC, art. 9 DUDH, art. 5 CEDH, art. 70, 73 et 77-4 C. pr. pén.

<sup>73</sup> Art. 432-4 du C. pén. DECOCQ, André., MONTREUIL, Jean., BUISSON, Jacques. op. cit. n°101, p.56.

discussion, mais insuffisamment caractérisée pour démontrer l'abus de droit. En face, le "*bon père de famille*" profane répond généralement aux réquisitions de l'agent de police. Il est dans une situation de subordonné. Il se sent dans l'obligation sinon juridique au moins psychologique d'obtempérer en raison de la portée symbolique qu'exerce plus ou moins inconsciemment l'autorité publique sur chaque individu.

Au-delà du déséquilibre dans le rapport de force, le contradictoire est amputé de sa fonction informative. À inégalité, le pollicitant n'est pas expressément informé qu'il n'est nullement obligé de répondre aux attentes des enquêteurs. Agissant en dehors de tout cadre juridique contraignant, les policiers comme les gendarmes exploitent cette situation extra légale pour omettre de préciser que l'invitation peut-être refusée tout en affichant une certaine ambiguïté sur sa force contraignante. Aussi, l'accumulation des atteintes aux principes provoque le consentement de l'individu. Et rares sont ceux qui n'y défèrent pas. Plus rares encore sont les personnes qui, en connaissance de cause – comme les indicateurs de la police, les aviseurs des douanes<sup>74</sup> –, osent afficher une fin de non recevoir. Les atteintes aux principes sont patentes toutefois, il est difficile de faire un lien avec les droits de la défense, faute de défense. À aucun moment l'individu ne fait l'objet d'une procédure policière, d'un mandat judiciaire ou d'une quelconque contrainte. Par contre, et en ce sens on retrouve un lien direct avec les droits de la défense, des informations obtenues par ce moyen peuvent parfaitement servir de base à l'ouverture légale d'une enquête.

Est-ce encore le cas lorsque la personne est retenue contre son gré, même temporairement ?

## 2) *La rétention pour audition*

**223.** Parmi l'arsenal judiciaire d'investigation, l'audition des personnes fait partie des actes incontournables de la procédure pénale. Action courante de la vie policière, elle consiste pour un officier ou un agent de police judiciaire à entendre en tout lieu toute personne – témoin, suspect, mis en cause ou victime – susceptible d'apporter des informations à la poursuite de l'enquête et de permettre la découverte de preuves utiles à la manifestation de la vérité. En l'espèce, nous allons nous intéresser à la rétention pour audition des témoins et constater un progrès des droits<sup>75</sup> et des principes au fur et à mesure que le législateur l'inscrit dans la loi. Toutefois, il persiste certaines atteintes aux principes qui mettent en danger les droits de la défense.

**224.** Les droits et les principes connaissent une évolution favorable avec la circonscription des pratiques policières dans les textes de loi. Avant 1993, le pouvoir d'audition des enquêteurs variait en fonction du type d'enquête<sup>76</sup>. Dans le cadre d'une enquête en flagrant délit, ils avaient tout pouvoir. Ils pouvaient appeler, convoquer et entendre avec usage de la force publique si nécessaire, toutes personnes susceptibles de fournir des renseignements. L'ancien article 62 du Code de procédure pénale ne distinguait pas l'audition

---

<sup>74</sup> Les informateurs de la police n'ont aucun statut légal ni aucune rémunération officielle contrairement aux aviseurs des douanes, rémunérés au pourcentage des saisies. MATSOPOULOU, Haritini. op. cit. n°938-949 ; Cependant, avec la loi du 09 mars 2004, le législateur entend régulariser les pratiques officieuses de recours aux "*indics*" afin de mieux en contrôler l'exercice. Cf. art. 15-1 de la Loi du 21 janvier 1995.

Disponible sur : <http://www.senat.fr/rap/a02-445/a02-4458.html> [consulté le 08/07/2007]

<sup>75</sup> Conscient que le statut juridique du témoin est parfaitement distinct de celui de suspect, nous traitons néanmoins des droits du témoin parce qu'en pratique, les catégories juridiques sont très proches. Peu d'éléments séparent un témoin d'un suspect.

<sup>76</sup> DECOCQ, André., MONTREUIL, Jean., BUISSON, Jacques. op. cit. n° 648 et s., n° 694 et s.

du témoin de l'interrogatoire du suspect. La personne convoquée était tenue de comparaître et de déposer. Dans le cadre préliminaire – où le principe du consensualisme prévaut – afin de garantir la comparution de l'intéressé, les enquêteurs recouraient à des formules officielles et diverses expressions faussement coercitives<sup>77</sup> ou encore détournaient la procédure de garde à vue pour garder un témoin à disposition. Le statut de la personne interpellée était indifférent. Innocent, suspect ou simple passant pouvait faire l'objet d'une mesure aussi contraignante que la garde à vue. Les disparités de pouvoirs d'un enquêteur face aux nécessités de terrain conduisaient même parfois au détournement de procédure telle que l'ouverture d'une information afin de permettre l'audition d'une personne<sup>78</sup>. Entre devoir et obligation, garde à vue ou simple rétention, le régime de l'audition d'une personne, comme les pouvoirs à son endroit, demeurait informel et hétérogène malgré les textes.

L'amalgame des situations était manifestement contraire à la Convention européenne des droits de l'homme, et plus particulièrement à son article 5 § 1 qui énumère restrictivement les situations de fait – parmi lesquelles la rétention du témoin est inexistante – justifiant une arrestation et une détention. Sous l'influence croissante de la jurisprudence européenne sur notre droit interne, le législateur s'est aligné sur les principes européens<sup>79</sup>.

**225.** Depuis la loi du 4 janvier 1993, pour l'enquête préliminaire, et la loi du 15 juin 2000, pour l'enquête de flagrance et sur commission rogatoire, le témoin ne peut plus faire l'objet d'une mesure aussi attentatoire aux libertés individuelles que la garde à vue. Désormais, elle est strictement réservée aux personnes suspectes. Cependant, pour ne pas priver les enquêteurs d'un moyen d'investigation utile et paralyser ainsi l'efficacité de la répression par l'inertie possible de certains témoins, les parlementaires se sont prononcés en faveur de la rétention aux fins d'audition. À présent, la procédure de rétention d'une personne est commune aux trois types d'enquête. Elle répond à des conditions de fond et de forme précises, elle pose des obligations et des droits, et obéit à un régime juridique spécifique<sup>80</sup>. Ainsi, l'enquêteur peut exiger d'un individu qu'il reste à sa disposition le temps de prendre sa déposition ou dans une limite de temps qui n'excède pas 4 heures, en comparaison de la durée prévue pour les contrôles d'identité<sup>81</sup>. Le caractère contraignant des procédures de rétention aux fins d'audition n'est pas une spécificité procédurale au système pénal français, les autres États européens connaissent une législation comparable comme le Code de procédure pénale

<sup>77</sup> **LAMBERT**, Louis. *Précis de police judiciaire selon le nouveau code comparé à l'ancien*. 3<sup>e</sup> Éd. 1959, p.141 ; *Traité de police judiciaire*. 3<sup>e</sup> Éd. Desvignes, 1951, pp.385-387 ; **BLONDET**, Maurice. *L'enquête préliminaire dans le nouveau code de procédure pénale*. JCP 1959, I, 1513 ; **BUISSON**, Jacques. *L'acte de police*. Thèse, Lyon, 1988, pp.898-899 ; **MATSOPOULOU**, Haritini. op. cit. n°216 et 707.

<sup>78</sup> Cette contrainte processuelle est à l'origine du projet de loi Sapin qui proposa de rendre obligatoire la comparution du témoin. Suggestion reprise par la Loi du 04 janvier 1993. Cf. Rapport de l'Assemblée nationale n°2932 par M. Pezet du 02 octobre 1992 sur le projet de loi portant réforme de la procédure pénale, pp.98-99.

<sup>79</sup> **BERGER**, Vincent. *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*. 10<sup>e</sup> Éd. Dalloz, 2007, p.357 et s.

<sup>80</sup> Art. 62, 78 et 153 du C. pr. pén. « *Les personnes à l'encontre desquelles il n'existe aucune raison plausible de soupçonner qu'elles ont commis ou tenté de commettre une infraction ne peuvent être retenues que le temps strictement nécessaire à leur audition* ». Comp. **MATSOPOULOU**, Haritini. op. cit. n°698-720. Il est utile de rappeler que dans le cadre d'une enquête de flagrance, l'officier de police judiciaire peut toujours défendre à toute personne de s'éloigner du lieu de l'infraction jusqu'à la clôture de ses opérations. Art. 61 C. pr. pén. Que ce soit pour une scène de crime ou un délit de droit commun, la fixation des éléments matériels comme humains (témoin) sont déterminants pour analyser, interpréter et comprendre le déroulement des faits. Il n'y a rien de plus évanescent et volatil que les déclarations d'un témoin. L'esprit cartésien impose la collecte des témoignages dans le délai le plus proche possible de la commission de l'infraction, en usant de la force publique si nécessaire.

<sup>81</sup> § 1.1.2 Circ. du 04 décembre 2000, BOMJ n°80 sur la présentation de la Loi du 15 juin 2000.

italien<sup>82</sup> et espagnol<sup>83</sup>. Le Code de procédure pénale allemand reste le plus exhaustif avec pas moins de 22 articles pour encadrer le statut du témoin et le plus coercitif vu que le refus de témoigner ou de prêter serment entraîne la condamnation à une amende recouvrable par une contrainte par corps, voire une détention d'une durée maximale de six mois<sup>84</sup>.

Dans la majorité des cas, l'enquêteur n'a nullement besoin d'user de son pouvoir de contrainte pour obtenir une comparution. Pour les victimes, il est de leur intérêt de déposer. En ce qui concerne les témoins, ils s'inscrivent souvent dans une démarche civique de participation à l'œuvre de la justice<sup>85</sup>. Enfin, pour le suspect ou toute autre personne, les demandes d'audition ne s'entendent plus légalement comme une simple invitation à la participation d'une enquête de police, mais comme une convocation officielle, à laquelle l'intéressé ne peut plus se soustraire. L'individu qui refuse de s'y soumettre peut être interpellé et contraint *manu militari* sur décision du parquet<sup>86</sup>.

**226.** Cette nouvelle procédure transversale aux trois types d'enquête contribue à construire autour de la personne auditionnée un statut commun, homogène et protecteur des droits. Toutefois, il persiste certaines atteintes aux principes du contradictoire et de l'égalité des armes qui nuisent gravement aux intérêts de la défense.

Contrairement au régime des contrôles d'identité, les articles 62, 78 et 153 du Code de procédure pénale qui réglementent la rétention aux fins d'audition, ne précisent pas que les OPJ sont tenus d'informer la personne retenue des conditions d'application de la mesure, de ses droits et de ses devoirs, et notamment de son droit à ne pas déposer<sup>87</sup>. Sur convocation, la personne est obligée de comparaître devant l'officier à l'origine de la demande, mais elle n'est nullement obligée de lui répondre. C'est toute la différence entre comparaître et déposer. Le premier précise qu'elle doit simplement se présenter devant une personne déterminée, alors que le second signifie qu'elle effectue une déclaration volontaire sur les événements dont elle a été témoin ou répond aux questions des enquêteurs<sup>88</sup>.

Si le droit positif<sup>89</sup> s'accorde à reconnaître que la personne auditionnée par les services de police ou de gendarmerie est libre de refuser de répondre aux questions ou de déposer, en pratique cette information n'est pas communiquée à l'intéressé. De la même façon, l'enquêteur omet de préciser la durée de la rétention et l'impossibilité de segmenter l'audition en différentes phases afin de procéder à d'autres actes d'investigation, tels que des perquisitions, susceptibles d'induire de nouvelles questions. Cette absence intentionnelle de contradiction s'affranchit totalement du principe de loyauté censé réguler l'administration de

---

<sup>82</sup> Art. 377.

<sup>83</sup> Art 329 et 410.

<sup>84</sup> Art. 70 du C. pr. pén. ; Cf. **DELMAS-MARTY**, Mireille. *Procédures pénales d'Europe*. Éd. PUF, Coll. Thémis, 1996, p.100.

<sup>85</sup> Sinon, l'article 434-11 du Code pénal incrimine « *le fait, pour quiconque connaissant la preuve de l'innocence d'une personne détenue provisoirement ou juger pour crime ou délit, de s'abstenir volontairement d'en apporter aussitôt le témoignage aux autorités judiciaires* ».

<sup>86</sup> Art. 62 al.3 C. pr. pén.

<sup>87</sup> Juridiquement, l'emploi de ce terme est impropre et réservé aux auditions de témoins réalisées sous serment par une juridiction d'instruction ou de jugement. La pratique policière et la doctrine l'utilise néanmoins pour les auditions au stade de l'enquête.

<sup>88</sup> Dans le cadre d'une audition devant le juge instruction, le témoin est tenu de comparaître, de prêter serment de dire toute la vérité et par conséquent, de déposer sous peine d'être puni à une amende de 3750 euros (Art. 434-15-1 du Code pénal).

<sup>89</sup> Cour d'Appel de Reims du 18 mai 1984 annule une audition coercitive. JCP 1985, II, 20422, note Chambon ; Art. C.78 Circ. du 01 mars 1993, BOMJ n°73 sur la présentation de la Loi du 04 janvier 1993.



la preuve<sup>90</sup>. Ce dernier ne fait qu'accentuer une situation déjà déséquilibrée sur le plan du rapport de force entre les protagonistes, au détriment de la personne interrogée. Il en résulte nécessairement une atteinte au principe de l'égalité des armes. Il est parfaitement légitime de s'interroger sur l'utilité de ces droits lorsque le principal intéressé n'en est pas informé. Cette abstention intentionnelle revient à s'affranchir des principes généraux du droit européen tel que le droit de garder le silence et celui de ne pas s'incriminer<sup>91</sup>. L'article préliminaire du Code de procédure pénale qui ne fait que rappeler des principes fondamentaux du procès pénal, a-t-il vocation à ne s'appliquer qu'aux personnes menacées de poursuites judiciaires ? Dans l'affirmative, n'est-ce pas déjà le cas du témoin<sup>92</sup> ? De plus, la position de la défense en l'espèce n'est guère différente de celle qui régit les contrôles d'identité. Or cette dernière bénéficie de l'application des principes et des droits de la défense<sup>93</sup>.

Les détracteurs à l'application du principe du contradictoire maintiennent en étendard l'incontournable efficacité de la procédure. À l'instar de la garde à vue, ils prétendent qu'informer l'intéressé de sa liberté de parler ou de ne pas déposer reviendrait à paralyser l'enquête. En effet, il peut apparaître à certains, paradoxal d'exiger d'un OPJ qu'il fasse tout et son contraire – être à l'origine de la comparution et l'informer de son droit au silence – sans tomber dans une certaine schizophrénie. Pourtant, entre la loi du 15 juin 2000 et la loi du 18 mars 2003<sup>94</sup>, la notification au gardé à vue de son droit au silence n'a nullement paralysé l'efficacité de cette mesure d'investigation. Si tant est qu'il est possible de mesurer l'efficacité des enquêtes, le taux d'élucidation mesuré durant cette période passe de 26,7 à 31,8 %<sup>95</sup>.

L'absence de contradictoire produit ainsi une situation assez paradoxale, voire singulière, puisque « *la personne qui consent par son témoignage à collaborer à l'enquête est plus maltraitée par les textes que celle qui refuse de déposer* »<sup>96</sup>.

**227.** En théorie, l'atteinte aux principes ne saurait se reporter sur les droits de la défense. Cependant la réalité judiciaire n'est pas aussi catégorique.

En l'absence de contradiction, rares sont les personnes qui, en pratique, connaissent à la fois, leur obligation de comparaître et leur droit de ne pas déposer. Si cette carence se contentait de porter atteinte à la seule liberté de mouvement de l'individu tout en garantissant une certaine efficacité à l'enquête, l'atteinte serait négligeable. Les droits de la défense ne peuvent être menacés puisque, par définition, le simple justiciable comme le témoin en sont exclus. Ils ne

---

<sup>90</sup> Depuis le célèbre arrêt Wilson rendu par la Cour de cassation le 31 janvier 1888, il existe un principe de loyauté dans la recherche de la preuve. Ch. Réunies 31 janvier 1888, S. 1889. I. 241 ; **MARSAT**, Claire. *La flagrance, la liberté et la loyauté de la preuve*. Dr. pénal 1999, chron., n°24 ; **DANJAUME**, Géraldine. *Le principe de la liberté de la preuve en procédure pénale*. D. 1996, chron., p.153 ; **RAISON REBUFAT**, Laurence. *Le principe de loyauté en droit de la preuve*. Gaz. Pal. du 26 juillet 2002, chron., p.3 ; Cass. crim. 06 mai 2002, Aff. *Urion*, Rev. sc. crim. 2003, jurisp. p.393, note J. Buisson.

<sup>91</sup> CEDH du 25 février 1993, Aff. *Funke c/France*, Série A, n°256A, § 41-44. Si l'article 6 § 3 de la Convention européenne ne garantit pas explicitement ces droits, mais « *il ne fait aucun doute que ces droits sont des normes internationales généralement reconnues qui sont au cœur du procès équitable* ». « *Le droit de garder le silence implique de ne pas recourir à des pouvoirs coercitifs pour obtenir des informations au mépris de la volonté de l'intéressé* » JCP 2001, I, 242, note F. Sudre., V. **GUINCHARD**, Serge., **BUISSON**, Jacques. *Procédure pénale*. Éd. Litec, 2005, p.362.

Disponible sur : <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr> [consulté le 08/07/2007]

<sup>92</sup> Cf. infra n°227.

<sup>93</sup> Cf. infra n°230.

<sup>94</sup> La loi du 15 juin 2000 exige de l'OPJ qu'il notifie au gardé à vue son droit au silence, alors que la loi du 18 mars 2003 la supprime purement et simplement. **SAINT-PIERRE**, François. *Le guide de la défense pénale*. 3<sup>e</sup> Éd. Dalloz, 2004, pp.229-230.

<sup>95</sup> Annuaire statistique de la justice. La Documentation française, Éd. 2006, p.105.

<sup>96</sup> **POISOT**, Jean-Luc. *L'enquête préliminaire*. J.-Cl. Procédure pénale, 2001, n°61.

font pas l'objet de poursuites pénales. Il existe une véritable dichotomie entre le régime applicable à un suspect – susceptible d'être placé en garde à vue – et celui approprié au simple témoin. À l'image des cercles concentriques de la Convention européenne des droits de l'homme où la protection de l'individu est proportionnelle à la menace judiciaire, les distinctions de statut entraînent des différences de régimes et de garanties. Mais cette vision idéale et cloisonnée de la procédure pénale où le statut de suspect est distinct de celui de témoin ne reflète pas systématiquement la réalité judiciaire.

Dans la pratique, la cloison entre les deux est perméable, et les glissements de l'un vers l'autre sont fréquents. La qualification de suspect ou de simple témoin tient au mieux à quelques indices objectifs laissés à l'interprétation subjective de l'OPJ<sup>97</sup>. Bien souvent, la personne est convoquée en tant que simple témoin parce que les policiers s'interrogent sur sa participation, ses justifications, son emploi du temps. Ils ont des soupçons ; seulement ils manquent d'éléments pour un placement en garde à vue. Ainsi, une personne convoquée comme simple témoin peut parfaitement faire l'objet d'une mesure de garde à vue à l'issue de son audition, parce qu'elle a révélé certains éléments de preuves justifiant un tel placement. Rien de critiquable *a priori*. Mais il existe également une dérive policière plus contestable qui consiste à entendre le suspect comme simple témoin afin d'éviter le cadre plus restrictif et contraignant de la garde à vue, et profiter ainsi d'un cadre juridique moins formel et protecteur des droits de l'individu. L'audition du témoin est libre et complètement informelle. Il ne bénéficie d'aucune information concernant ses droits<sup>98</sup> vu qu'il n'est pas – encore – considéré comme suspect. Son procès-verbal ne précise ni les questions ni les réponses successives de leurs auteurs. L'enquêteur se contente de réécrire une synthèse de l'audition. Cette manière de procéder vis-à-vis d'une personne suspecte porte nécessairement atteinte aux droits de la défense puisque le cadre – juridiquement inapproprié – de l'audition ne permet pas l'application des principes et des droits. Aussi, la chambre criminelle n'a pas manqué d'intervenir afin de sanctionner par la nullité ces détournements de procédure, et rappeler que « *la loi interdit l'audition comme témoin des personnes sur lesquelles pèsent des indices graves et concordants de culpabilité* »<sup>99</sup>.

De même, lorsque l'audition du témoin évolue vers une garde à vue du suspect, cette pratique permet légalement de se libérer du carcan protecteur de la mesure afin d'obtenir un maximum de renseignements en amont du placement, tout en se protégeant d'une nullité puisqu'il y a une rétroaction. Certes, la durée de la garde à vue s'impute directement sur le temps de l'audition. Seulement, il est impossible de revenir en arrière pour informer le suspect de ses droits. Les éléments révélés sont consignés dans le procès-verbal d'audition, pièce à part entière du dossier à partir de laquelle les OPJ effectuent d'autres investigations complémentaires pour étayer ou au contraire confondre les dires du suspect. À défaut d'être protectrice des droits, cette réalité judiciaire se veut efficace par omission.

**228.** Nous partageons en partie la position de la doctrine qui considère que la rétention d'une personne pour audition constitue simplement une atteinte aux libertés individuelles et non aux droits de la défense. Cette position est légitime dans la majorité des cas. Toutefois, des pratiques laissent apparaître des atteintes au principe du contradictoire, à

---

<sup>97</sup> LOMBARD, Françoise., HAROUNE, Abdelkader. *Garde à vue : les fictions de la loi du 15 juin 2000*. D. 2002, jurisp. p.438.

<sup>98</sup> À titre d'illustration, la personne auditionnée n'a pas le droit à un avocat, à un médecin, ou à un interprète, au sens de l'article 102 Code de procédure pénale. Dans le cadre d'une simple audition, l'OPJ peut parfaitement servir d'interprète. Cass. crim. 27 novembre 2001, Bull. crim. n°245, Dr. pénal 2002, comm. 18.

<sup>99</sup> Cass. crim. 17 juin 1964, Bull. crim. n°204, JCP 1965, II, chron. n° 14028 ; Cass. crim. 06 décembre 2000, Bull. crim. n°367, Procédures 2001, comm. 115 ; Cass. crim. 06 mai 2003, Bull. crim. n°93, JCP 2003, IV, 2176.

travers une réticence dolosive d'information à l'encontre de la personne entendue, qui ne porterait nullement à conséquence si ce dernier n'était pas placé en garde à vue à l'issue de son audition. Ce mensonge par omission ajouté au changement de statut pénal – passage de simple témoin à suspect – constitue incontestablement un manquement aux droits de la défense. À défaut de données statistiques précises sur ce phénomène – qui ne saurait exister – il est impossible d'établir s'il s'agit d'une pratique couramment exploitée ou d'une dérive en déshérence.

Finalement, c'est uniquement à compter du placement en état d'arrestation d'une personne, qu'il n'existe plus aucune ambiguïté, ni une quelconque hésitation sur l'existence légitime des droits de la défense.

## B – L'arrestation

**229.** Les motifs d'un placement en état d'arrestation ne sont pas équivalents. L'intensité des droits et la force des principes diffèrent selon que la personne est arrêtée dans le cadre d'une simple vérification d'identité (1) ou pour la commission d'une infraction (2).

### 1) *Le contrôle et la vérification d'identité*

**230.** À l'instar de la rétention aux fins d'audition, le contrôle et la vérification d'identité<sup>100</sup> constituent certainement une atteinte à la liberté individuelle<sup>101</sup> de la personne interpellée sans pour autant nécessiter la mise en œuvre des droits de la défense. Ils se situent normalement en deçà de la frontière des droits de la défense. Cependant, il arrive qu'un contrôle aboutisse à une arrestation, notamment dans le cadre de recherche d'infraction. Elle justifie ainsi leur application et le changement de statut. Une fois encore, si les concepts juridiques permettent d'appliquer un régime juridique adéquat à de nombreuses situations de fait, la réalité judiciaire dépasse occasionnellement les prescriptions légales.

**231.** Le contrôle et la vérification d'identité constituent une matière à la fois récente, passionnée et particulièrement exposée aux infléchissements législatifs. À l'origine, ils sont instaurés afin de répondre à une nécessité de terrain – obtenir l'identité d'un contrevenant non coopératif ou de personnes fréquentant des lieux criminogènes – et pour pallier à une inégalité de pouvoir entre les forces de police et de gendarmerie. C'est dans un but de prévention et de lutte contre la délinquance croissante que « *la réglementation des contrôles et vérifications d'identité a pour effet, voire pour objet, de porter atteinte à la liberté de tous les particuliers résidant en France* »<sup>102</sup>. Depuis la loi sécurité et liberté du 2 février 1981<sup>103</sup> qui les a autorisés, et la loi du 18 mars 2003<sup>104</sup> qui instaure un critère subjectif, en passant par la loi du 10 juin 1983 qui les a codifiés, les contrôles et les vérifications d'identité sont le creuset de nombreux débats au sein du parlement.

---

<sup>100</sup> MATSOPOULOU, Haritini. op. cit. n°428-494.

<sup>101</sup> MERLE, Roger., VITU, André. *Traité de droit criminel. Procédure pénale*. Cujas, 4<sup>e</sup> Éd. 1989, n°241.

<sup>102</sup> BUISSON, Jacques. *Contrôles et vérifications d'identité*. J.-Cl. Procédure pénale, Art. 78.1 à 78.5, Fascicule 10, 1998, p.4.

<sup>103</sup> Loi n° 81-82 du 02 février 1981, JO du 03/02/1981, p.415.

<sup>104</sup> Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003, art. 10, JO n°66 du 19 mars 2003 p.4761.

La réforme de 1993<sup>105</sup> institue les contrôles préventifs d'identité sur la base d'un critère aussi mouvant qu'arbitraire : l'ordre public. À l'opposé, au Royaume-Uni, le législateur n'a pas éprouvé le besoin de les prévoir<sup>106</sup>. Tandis qu'en Allemagne, en Espagne ou en Italie, non seulement les contrôles préventifs d'identité existent, mais au surplus, chaque citoyen doit détenir, à tous moments, un titre justifiant de son identité.

En 1997, pour lutter contre le travail clandestin, les contrôles s'étendent aux lieux à usage professionnel. En 2001, la vague sécuritaire accentue les contrôles préventifs et incidemment en profite pour instaurer la fouille des véhicules, jugée auparavant inconstitutionnelle à deux reprises<sup>107</sup>. Enfin, l'année 2003 voit l'alignement des contrôles d'identité judiciaires sur la réforme de la garde à vue<sup>108</sup> avec le glissement du critère objectif « *d'un indice faisant présumer* » à la notion, plus subjective et directement issue de la Convention européenne, « *d'une ou plusieurs raisons plausibles* ».

Aussi, à l'exception d'une interprétation restrictive des conditions de légalité des contrôles d'identité par la Cour de cassation<sup>109</sup> en 1992 – que la loi du 10 août 1993 a ostensiblement invalidée –, ils n'ont cessé d'étendre leur champ d'application.

Sans rentrer dans l'exégèse ni la polémique des contrôles d'identité judiciaires et administratifs ou répressifs et préventifs, sur lesquels la doctrine s'interroge et remet en cause les critères de distinction en raison d'une certaine confusion<sup>110</sup>, si les conditions d'application respectives de ces contrôles ne sont pas assez déterminantes, il faut reconnaître que certains droits – non dénués d'une certaine résonance avec les droits de la défense – sont octroyés au profit de la personne retenue<sup>111</sup>.

**232.** Le placement en rétention pour vérification d'identité assujetti l'enquêteur à respecter des règles de fond et de forme propres à cette procédure<sup>112</sup>. En outre, comme avec la mesure de garde à vue, l'article 78-3 du Code de procédure pénale lui commande d'informer la personne retenue du cadre juridique auquel elle est soumise et des droits y afférents<sup>113</sup>. Cette obligation d'information constitue la première manifestation de la garantie des droits de

---

<sup>105</sup> Loi n° 93-992 du 10 août 1993, art. 1, JO n°184 du 11/08/1993.

<sup>106</sup> La position britannique en faveur du respect de l'anonymat de chaque citoyen fait figure d'exception au sein de l'Europe. Elle est la seule à ignorer le titre national établissant l'identité. V. **BUISSON**, Jacques. loc. cit.

<sup>107</sup> Cons. Const. 12 janvier 1977, n°76-75 DC, Rec p.33 ; RJC, I, p.45 ; RFDA 1994, p.594, note F. Fines ; JCP 1980, II, 19337, note J. Davia ; D. 1978, jurisp. p.173, note J. Leaute ; Cons. Const. 18 janvier 1995, n°94-352 DC, Rec p.170 ; RJC, I, p.612 ; JCP 1995, II, 22525, note F. Lafay ; Revue française de droit constitutionnel 1995, p.362, note L. Favoreu ; Revue du droit public, 1995, p.575, note F. Luchaire.

Disponible sur : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1977/7675dc.htm> [consulté le 08/07/2007]

Disponible sur : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1994/94352dc.htm> [consulté le 08/07/2007]

<sup>108</sup> Loi n° 2002-307 du 4 mars 2002.

<sup>109</sup> **MAYER**, Danièle. note sous Cass. crim. 10 novembre 1992, Aff. *Basilika*, D. 1993, jurisp. p.36.

<sup>110</sup> **MAYER**, Danièle. *Prévention et répression en matière de contrôle d'identité : une distinction trompeuse*. D. 1993, chron. p.273 ; **CORNUT**, Etienne. *Entre confusion et distinction : propos autour des contrôles d'identité*. D. 2002, jurisprudence p.992.

<sup>111</sup> Art. 78-3 du C. pr. pén.

<sup>112</sup> **BUISSON**, Jacques. *Contrôles et vérifications d'identité*. J.-Cl. Procédure pénale, Art. 78.1 à 78.6, Fascicule 10 et 20, 2000 ; **MAYER**, Danièle. *Nullité du contrôle d'identité effectuée sur une personne au seul motif qu'elle parle une langue étrangère dans un lieu propice au vol à la roulotte*. D. 1993, jurisp., p.36 ; **BUISSON**, Jacques. *Un indices apparents d'un comportement délictueux suffit à permettre un contrôle d'identité*. note sous Cass. crim. 28 juin 2000, Procédures, 2000, chron. n° 237 ; *Des contrôles d'identité requis aux fouilles requises*. Procédures, 2002, chron. n° 3.

<sup>113</sup> Depuis 1987, dans chaque commissariat et gendarmerie, lorsqu'une personne est interpellée dans le cadre d'une vérification d'identité, l'OPJ lui communique une brochure intitulée « vérification d'identité – vos droits et obligations ». in **AFFRES**, V. op. cit. p.407.

la défense par l'exercice du principe du contradictoire. Sans avocat ni autre source juridique à sa disposition pour l'informer, la personne contrôlée n'aurait pas connaissance de ses droits. Ainsi, le contradictoire permet à la personne d'être libre d'en faire usage ou non, mais en plus il contribue au respect du principe de l'égalité des armes. L'information de la personne retenue sur ses droits, ses obligations et la procédure qu'elle ne connaissait pas, et dont elle n'a pas la maîtrise, tendent à préserver un équilibre dans les rapports de force entre les parties, sans lesquelles, on constaterait une atteinte au principe. À l'image de la rétention aux fins d'audition où l'absence de contradictoire est un facteur aggravant de l'inégalité des armes<sup>114</sup>, en l'espèce sa présence participe activement à la préservation de son principe.

Par ailleurs, il est important de souligner que l'exercice du contradictoire pour garantir les droits repose également sur la menace de la nullité textuelle du dernier alinéa de l'article 78-3 du Code de procédure pénale. Sans sanction, l'application du principe pour garantir les droits serait illusoire. « *Par cette prescription, rare dans notre procédure pénale, et pratiquement inconnue dans le domaine des enquêtes policières, le législateur de 1983 a voulu que les droits accordés ne soient pas qu'un code de bonne manière* »<sup>115</sup>.

Il permet d'informer la personne du droit de faire aviser le procureur de la République de la mesure dont elle est l'objet. Ce droit connaît une application systématique lorsque l'intéressé est un mineur<sup>116</sup>. En outre, sauf impossibilité, le mineur doit être assisté de son représentant légal. La personne retenue a également le droit de prévenir à tout moment sa famille ou toute autre personne de son choix ; et si les circonstances l'exigent, il appartient à l'OPJ de prévenir la personne choisie. Enfin, la rétention ne peut excéder quatre heures à compter de l'interpellation et le procureur de la République peut y mettre fin à tout moment.

**233.** Les droits octroyés dès 1983<sup>117</sup> à la personne soumise au régime des contrôles d'identité font figure de précurseurs des droits de la défense en matière de garde à vue<sup>118</sup>. L'analogie entre les deux institutions est singulièrement troublante. À dix ans d'intervalle, on remarque un parallélisme des formes, mais surtout des droits. Ils partagent un état d'arrestation, un régime juridique structurant qui, à la fois, limitent les pouvoirs des policiers et octroient quasiment les mêmes droits au moyen d'une application commune et obligatoire du principe du contradictoire. Pourtant, il est juridiquement inexact d'employer le terme de droits de la défense en matière de contrôles d'identité, même lorsque la personne est retenue, en raison de la fin poursuivie, – obtenir et vérifier l'identité d'une personne – fin généralement distincte d'une décision de poursuite. En effet, en pratique, le contrôle d'identité est un acte de police de voie publique quotidien et régulier qui prive l'individu de sa liberté de mouvement juste le temps du contrôle et de la vérification. Sur l'immense quantité de contrôles réalisés, dans la majorité des cas, la privation de liberté est réduite au temps nécessaire à la présentation d'une pièce d'identité. Seul un nombre infime de contrôles – qui reste indéterminé – donne lieu à une rétention pour vérification<sup>119</sup>.

<sup>114</sup> Cf. supra n°225.

<sup>115</sup> MATSOPOULOU, Haritini. op. cit. n°491. JO, Débats, Sénat, 8 avril 1993, p.118.

<sup>116</sup> Art. 78-3 al.2 C. pr. pén.

<sup>117</sup> Loi n° 83-466 du 10 juin 1983 ; PRADEL, Jean. *Les recherches d'identité et la poursuite des délits flagrants depuis la Loi du 10 juin 1983*. D. 1984. chron. n°75.

<sup>118</sup> Cf. infra n° 241 et s.

<sup>119</sup> La principale raison à cet état de fait à pour origine la voiture, le moyen de transport le plus répandu qui nécessite un permis de conduire qui accessoirement peut servir de pièce d'identité.

Cependant, au regard des droits énoncés, d'une part, et en raison de la passerelle entre ces contrôles et la poursuite d'infractions<sup>120</sup>, d'autre part, il est difficilement concevable de ne pas y voir une "antichambre" des droits de la défense. Pour s'en convaincre, dans le rapport Bonnet<sup>121</sup>, le législateur constate que sur environ 1 089 000 contrôles d'identité effectués entre le 1<sup>er</sup> janvier et le 31 mai 1993 par la police nationale, plus de 39 600 contrôles ont entraîné une mesure de garde à vue, soit un taux non négligeable de 3,6 %. La démonstration d'une corrélation entre ces contrôles et le risque de poursuite se révèle suffisamment probante pour justifier en amont l'exercice des principes et garantir les droits de la défense.

**234.** Si les droits de la défense sont quasi inexistantes au cours des auditions de renseignements et restent d'une application limitée au moment de la rétention pour les vérifications d'identité, à partir de l'arrestation d'un suspect, ils justifient la pleine mesure de leur mise en œuvre.

## 2) L'arrestation pendant l'enquête

**235.** L'arrestation est une synecdoque<sup>122</sup> omniprésente et légitimement circonscrite. On emploie intentionnellement cette figure de style pour évoquer à la fois la relativité et l'utilisation manifestement abusive de cette notion. L'arrestation, l'interpellation et la détention d'une personne sont des termes couramment prononcés, et indifféremment employés dans la pratique, pour décrire la privation de liberté d'une personne<sup>123</sup>. La confusion entre eux provient essentiellement du fait que l'exécution des premiers (interpellation et arrestation) entraîne quasi systématiquement l'application de la seconde (la détention) et inversement. Pour détenir une personne, il est nécessaire auparavant de l'appréhender, nonobstant sa comparution volontaire. En outre, la synonymie apparente de ces concepts est confortée au plus haut de la pyramide des normes<sup>124</sup>. Au plan constitutionnel, l'article 7 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen proclame : « *Nul homme ne peut-être accusé, arrêté, détenu que dans les cas déterminés par la loi et selon les formes qu'elle a prescrites* ». Au plan international, avec les articles 9 et 11 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, et européen, avec l'article 5-1 de la Convention européenne des droits de l'homme, les constituants ont eu la volonté commune d'encadrer le droit d'arrestation et de protéger les libertés individuelles contre les détentions arbitraires. L'ellipse, communément admise, qui tend à confondre tous ces termes, repose sur leur proximité sémantique, juridique et procédurale.

**236.** Cependant, le droit d'appréhender puis de détenir un individu constitue un pouvoir dont la puissance n'a d'équivalent inversement proportionnel, que l'atteinte produite

---

<sup>120</sup> Il s'agit principalement des contrôles d'identité à fins de recherche d'infractions. **DAVAL**,. *La Loi du 10 août 1993 relative aux contrôles et vérifications d'identité*. PA du 15 octobre 1993, n°124, p.7.

<sup>121</sup> Rapport n°381 (92-93) du 23/06/1993 de **BONNET**, Christian — commission des Lois, Projet de loi adopté par l'Assemblée nationale relatif aux contrôles et vérifications d'identité, p.4.

<sup>122</sup> En l'espèce, l'arrestation ne se distingue pas de l'interpellation et de la détention.

<sup>123</sup> **LAURENT**, Nathalie. *La notion de suspect en matière pénale*. Thèse, Lyon III, 2001. **ROUSSEL**, Gildas. *Mise en œuvre de la suspicion et procès pénal équitable*. Thèse, Nantes, 2007.

<sup>124</sup> À l'étranger, le droit d'arrêter ou de détenir une personne contre sa volonté relève également du droit constitutionnel. Cf. Art 6 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981, le 5<sup>e</sup> amendement de la Constitution des États-unis, l'article 2 de la Loi Fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne, ou encore l'article 37 de la Constitution chinoise.

sur les libertés. Aussi, juridiquement, ni la confusion, ni l'approximation, ne saurait être permise en cette matière. L'arrestation et l'interpellation peuvent se définir assez succinctement par le fait d'appréhender une personne contre son gré, en faisant un usage mesuré de la force, si elle s'avère nécessaire, en vue de sa comparution devant une autorité judiciaire ou à des fins d'incarcération. C'est un instant précis, temporaire et transitoire de la procédure, contrairement à la détention qui se caractérise essentiellement par la durée de sa mesure. Au demeurant, l'arrestation et l'interpellation<sup>125</sup> s'exécutent selon une procédure invariable<sup>126</sup> dans le respect d'un ensemble de règles communes et uniques, alors que la détention connaît une grande diversité de régimes juridiques<sup>127</sup>.

Par ailleurs, la loi du 9 mars 2004 complète le droit d'interpellation d'une personne suspecte. Avant son entrée en vigueur, l'interpellation d'un suspect était interdite au cours d'une enquête préliminaire<sup>128</sup>. Elle était seulement possible dans le cadre restreint de la flagrance ou sur commission rogatoire<sup>129</sup>. Aussi, en pratique, les enquêteurs usaient de divers stratagèmes<sup>130</sup> pour contourner cette incertitude juridique. Avec la création d'un mandat de recherche délivré par un magistrat du ministère public en enquête préliminaire<sup>131</sup> pour les crimes ou délits punis d'au moins trois ans d'emprisonnement, le législateur instaure un véritable droit d'interpellation, en dehors duquel l'arrestation est illégale. Nous sommes conscients que le but initial poursuivi par cette loi est avant tout de renforcer les pouvoirs d'enquête de la police. Et comme il a été très justement remarqué, « *le texte ne fait référence à aucune autre condition que celles des nécessités de l'enquête, et il n'exige notamment pas d'urgence, ou de nécessité prévisible d'user de la contrainte*<sup>132</sup> ». Toutefois, le texte rappelle expressément que la délivrance du mandat est subordonnée aux conditions d'application de la garde à vue, puisque son exécution entraîne systématiquement la mesure de placement<sup>133</sup>. Par conséquent, les seules nécessités de l'enquête sont insuffisantes pour prescrire le mandat.

---

<sup>125</sup> L'interpellation ou l'arrestation d'un suspect dans le cadre d'une enquête ou d'un mandat judiciaire sont toutes deux des mesures judiciaires de coercition. A priori, la différence entre les deux est ténue, si bien que dans la pratique comme dans la loi, les auteurs utilisent indifféremment les termes d'interpellation ou d'arrestation. Néanmoins, en approfondissant l'exégèse des termes, des différences persistent, notamment quant à la qualité de l'auteur de l'acte. Ainsi, lorsqu'il s'agit d'un acte policier, tel qu'une interpellation, elle est le fait de policiers et de gendarmes qui agissent de leur propre initiative. Au contraire, lorsqu'il s'agit d'un acte judiciaire – comme une commission rogatoire ou un mandat d'arrêt – c'est à dire une arrestation, elle est toujours le fait des forces de police mais elles agissent au nom et sur instruction d'un magistrat du siège. V. **MERLE**, Roger. *Le problème du contrôle juridictionnel de la garde à vue*. in Mélanges offerts à Roger Merle, Cujas, 1993, p.159.

<sup>126</sup> Le cadre juridique est indifférent. Que ce soit en exécution d'un mandat judiciaire ou à l'initiative d'un OPJ, l'arrestation poursuit et exécute un seul but : capturer et saisir une personne déterminée, avec l'aide de la contrainte si elle s'avère nécessaire. En pratique, il existe bien plusieurs méthodes pour l'exercer, mais juridiquement, l'arrestation est une fin en soi.

<sup>127</sup> Le régime de détention peut prendre la forme d'une garde à vue, d'une rétention douanière, d'une vérification d'identité, d'une audition de témoin, d'une détention provisoire ou d'une exécution de peine.

<sup>128</sup> **SCHWENDENER**, Marc. *Une police aux pouvoirs d'enquête renforcés*. in *Le nouveau procès pénal après la loi Perben II*, Journée d'étude Dalloz, 2004, p.288.

<sup>129</sup> Art. 73 et 122-136 C. pr. pén.

<sup>130</sup> Ils procédaient par voie d'invitation, de convocation ou par inscription au fichier des personnes recherchées lorsque le suspect était sans domicile ou en fuite. Cf. Circ. du 23 novembre 1984, réf. PN/CAB/n°4534. Les difficultés pratiques d'interpellation faisaient l'objet de circulaires spécifiques. Ainsi, dans le cadre de l'article 78 Code de procédure pénale lorsqu'une personne refuse de quitter son domicile pour être entendue comme témoin dans une affaire la concernant, le caractère consensuel de l'enquête empêche son audition. Une circulaire du 25 février 2002 y remédie en autorisant l'intrusion des OPJ au domicile de l'individu récalcitrant.

<sup>131</sup> Art. 77-4 C. pr. pén. en enquête préliminaire, art. 70 C. pr. pén. en enquête de flagrance et art. 122 C. pr. pén. pour l'instruction.

<sup>132</sup> **SCHWENDENER**, Marc. loc. cit.

<sup>133</sup> Art. 70 al.2 C. pr. pén.

L'encadrement par la loi d'un pouvoir attentatoire aux libertés individuelles témoigne d'une avancée constructive et protectrice des droits constitutionnels.

**237.** Les droits de la défense débutent avec l'arrestation de la personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction. L'interpellation matérialise la confrontation brutale entre les libertés individuelles et la protection de l'ordre public, la société. Elle induit surtout la supériorité de cette dernière sur les premières. Aussi, à ce moment précis de la procédure, la priorité est donnée à l'appréhension de la personne. Elle se conçoit pour les forces de l'ordre comme une obligation de résultat. Le temps de l'action précède celui de la discussion. C'est pourquoi le principe du contradictoire ne connaît pas d'existence légale et réelle à cet instant. En revanche, le principe de l'égalité des armes connaît une application particulière à travers le principe de proportionnalité.

Dès l'instant qu'une personne est interpellée, les droits de la défense ont vocation à s'appliquer immédiatement en raison de l'atteinte légitime dont elle fait l'objet. Mais sous quelle forme ? Il est excessivement difficile de les mettre en œuvre de manière concomitante à une interpellation parce qu'ils exigent le temps nécessaire et suffisant pour s'informer et comprendre, à dessein d'agir en conséquence. Or, l'arrestation est extrêmement circonscrite dans le temps. Elle se caractérise par sa brièveté, sa soudaineté et son régime provisoire. Finalement, la première manifestation des droits apparaît avec le principe de proportionnalité auquel les interventions des forces de l'ordre doivent se soumettre. Dans les faits, chaque arrestation est unique avec sa charge d'aléas. Les autorités de Police et de Gendarmerie reconnaissent l'application de diverses méthodes d'interpellation selon le lieu (espace public ou privé), le moment (jour/nuit) et la dangerosité du suspect. Si les éléments de force et de surprise sont légitimes pour appréhender un individu connu pour sa violence, ils ne le sont plus, a priori, pour le suspect d'une infraction en col blanc. Entre ces deux extrémités, l'arrestation constitue toujours une violence dont l'intensité est proportionnelle à la coercition employée. Ainsi, afin de contenir tout débordement de forces inutiles, le législateur, le gouvernement et les juges<sup>134</sup> subordonnent l'emploi de la force publique au principe de proportionnalité dans l'intérêt d'une justice de qualité. Et ce principe contribue autant que faire se peut, à ne pas placer la défense « *dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire*<sup>135</sup> ». L'équilibre entre les parties n'a nullement besoin d'être arithmétique pour garantir les droits de la défense et contenir les dérives policières.

Dans l'hypothèse contraire, la personne serait libre de porter plainte pour voies de fait et séquestration<sup>136</sup>. Les condamnations successives de la France au plan européen au visa de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, pour traitements inhumains ou dégradants, agissent promptement à l'égard des policiers trop zélés comme des piqûres de rappel, et ces sanctions sont aujourd'hui très dissuasives<sup>137</sup>.

**238.** Il existe un lien indéfectible entre l'arrestation d'une personne et la commission d'une infraction. Dans son traité sur l'instruction criminelle, Faustin Hélie

---

<sup>134</sup> Cf. Art préliminaire du Code de procédure pénale qui regroupe les principes directeurs du procès pénal, les articles 9 et 10 du Code de déontologie de la police nationale qui retiennent le principe au moment de l'interpellation, ainsi que l'abondante jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en la matière.

<sup>135</sup> CEDH du 27 octobre 1993 Aff. *Dombo beheer c/Pays-Bas*, Série A, n°274, § 33.

<sup>136</sup> Art. 224-1 et 222-13 du C. pén.

<sup>137</sup> CEDH du 27 août 1992, Aff. *Tomasi c/France*, Série A, n°241A, RSC 1993, p.33 et 142 ; CEDH du 28 juillet 1999, Aff. *Selmouni c/France*, req. n°25803/94, JCP 1999, II, 10193 ; CEDH du 01 avril 2004, Aff. *Rivas c/France*, req. n°59584/00 ; CEDH du 10 novembre 2004, Aff. *RL and M-JD c/France*, req. n°44568/98.



considère l'arrestation comme une opération importante dans le sens où « elle fait peser sur un citoyen une présomption de culpabilité, et crée un commencement de poursuite ». Pourquoi arrêter une personne, si ce n'est parce qu'elle est soupçonnée d'avoir réalisé une infraction ?

Dans la pratique, l'arrestation peut parfaitement être isolée et identifiée comme telle lorsqu'il s'agit d'une arrestation à la suite d'investigations diligentées par le parquet, à l'occasion d'un mandat délivré par un magistrat, ou encore suite à un flagrant délit sur la voie publique. Mais, elle est peut-être plus ambiguë et diluée dans une audition, lorsqu'elle fait suite à une convocation par OPJ<sup>138</sup>.

Quoi qu'il en soit, l'ouverture d'une procédure pénale n'entraîne pas systématiquement l'arrestation de l'intéressé. C'est essentiellement le cas des infractions sanctionnées d'une contravention. Sur les 20,4 millions de procès-verbaux enregistrés en 2003 constatant autant d'infractions au code de la route, 40 % sont des contraventions aux règles de stationnement pour lesquelles l'intéressé n'est ni arrêté, ni appréhendé<sup>139</sup>. Il en va de même pour les 103 900 infractions relevées par le nouveau système de contrôle-sanction automatisé (CSA) installé sur les routes de France, après seulement deux mois d'utilisation.

En outre, l'interpellation d'une personne n'entraîne pas automatiquement des poursuites judiciaires. Près de 30 % des affaires poursuivables se terminent par un classement sans suite. Et contrairement à l'imaginaire judiciaire, l'arrestation ne conduit pas nécessairement sur une garde à vue. Pour s'en convaincre, en 2005, sur les 1 066 902 mis en cause et implicitement entendus par les forces de Police, on dénombre 498 555 mesures de garde à vue<sup>140</sup>. Au regard de ces chiffres, on constate que 53 % des mis en cause sont auditionnés en qualité de témoin, c'est-à-dire, sans connaître la protection des droits de la défense, mais en dehors de toute contrainte légale. Toutefois lorsque l'on connaît l'amplitude de la contrainte officieuse de ces auditions<sup>141</sup>, la distinction entre l'arrestation et le régime de détention prend à l'aune des droits de la défense, toute son importance et met ainsi en exergue les enjeux de notre procédure pénale.

Nonobstant la protection normative qui prévient toute détention arbitraire et tout usage inconsidéré de la force publique, les droits de la personne arrêtée ne connaissent pas d'autres manifestations. Les droits énoncés par l'enquêteur juste après l'interpellation du suspect se réalisent exclusivement dans le cadre de la garde à vue. La proximité dans le temps entre l'arrestation et cette institution engendre une certaine confusion, et participe à l'illusion de la reconnaissance de droits de la défense au moment de l'interpellation. Or, en pratique, plus d'une interpellation sur deux ne conduit pas à une mesure de garde à vue avec l'énonciation des droits y afférent. Aussi les droits de la défense sont définitivement l'apanage des personnes à l'encontre desquelles il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elles ont commis ou tenté de commettre une infraction.

**239.** La défense n'est pas un état déclaratif systématique, un statut juridique immédiat aux contours clairs et précis à l'image d'un placement immédiat en garde à vue, suite à un flagrant délit. L'enquête, les actes d'investigation objectifs, les mises à disposition, voire les arrestations, n'entraînent pas forcément la constitution *ab initio* de la défense avec

---

<sup>138</sup> Cf. supra n°25.

<sup>139</sup> Observatoire national interministériel de sécurité routière. *La sécurité routière en France : Bilan de l'année 2003*. La Documentation française, 2004, p.144.

Disponible sur : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/brp/notices/044000289.shtml> [consulté le 08/07/2007]

<sup>140</sup> Statistiques du Ministère de l'Intérieur : Crimes et délits constatés en France en 2005, tome 2, La Documentation française, p.9.

Disponible sur : <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/064000354/0000.pdf> [consulté le 08/07/2007]

<sup>141</sup> Cf. supra n°225.

les droits et les principes y afférents. Il existe de nombreuses nuances entre la personne libre et le suspect pour lesquelles les droits de la défense sont méconnus, et les principes ignorés en dépit d'atteintes substantielles aux libertés individuelles. Mais le placement en garde à vue est définitivement un acte constitutif de la défense pour lequel les principes du contradictoire et de l'égalité des armes circonscrits garantissent des droits de la défense minimaux.

## Section 2 – Des principes circonscrits et des droits limités

**240.** Le placement en garde à vue<sup>142</sup> cristallise définitivement les positions antagonistes des parties. Face à la menace de poursuites judiciaires, à la coercition d'une garde à vue, et à la contrainte d'un interrogatoire, la protection de l'individu s'avère légitime, bien qu'elle n'ait pas toujours existé. C'est pourquoi le statut de gardé à vue lui confère des droits de la défense garantis par la mise en œuvre des principes du contradictoire et de l'égalité des armes. Toutefois, le centre de gravité de la garde à vue, l'interrogatoire, considéré comme le sanctuaire de l'efficacité de l'enquête, résiste à la protection des droits. Devant les enquêteurs, le suspect est particulièrement esseulé, isolé et désorienté. Le rapport de force qui s'instaure est intentionnellement en sa défaveur afin de provoquer ses aveux.

Aussi, le renforcement des droits de la défense ne s'est pas exercé uniformément sur l'ensemble de la garde à vue. Les avancées successives des droits et des principes à travers l'encadrement normatif de la mesure, d'une part, et la notification des droits dès le début de la garde à vue, d'autre part, touchent principalement à son environnement processuel, à ses éléments périphériques. Sans remettre nullement en cause les progrès incontestables des droits de la défense au sein de la garde à vue, il nous faut également constater la persistance de certaines insuffisances au cœur même de l'institution, lors de l'interrogatoire. Nonobstant l'importance des actes d'investigation objectifs<sup>143</sup>, l'audition de la personne reste l'élément fondamental et central de la garde à vue. L'interrogatoire est l'essence même de cette mesure. Or, les droits et les principes y sont volontairement limités afin d'y maintenir l'efficacité des résultats. Entre l'application des droits de la défense et l'exercice des pouvoirs d'enquête, la confrontation des protagonistes conduit à la pondération des droits de chacun, notamment à ceux de la défense.

Il est donc nécessaire de mesurer l'intensité des progrès des droits de la défense au sein de la garde à vue au moment de la notification des droits (§1) avant d'examiner la résistance de ses derniers lors de l'interrogatoire (§2).

### 1 § La notification des droits

**241.** Le renforcement des droits de la défense au moment de la garde à vue apparaît dans notre droit positif comme une succession de réformes législatives. Le mouvement est lent, progressif mais inexorable. Il y a moins de cinquante ans, l'idée même de réglementation de la garde à vue apparaissait comme une "*hérésie juridique*" à l'efficacité de l'enquête ou comme un obstacle insurmontable sur le chemin de la vérité judiciaire. Et pourtant,

---

<sup>142</sup> QUERIAUX, Guy. *La garde à vue*. Thèse, Paris, 1965 ; MERLE, Roger. *La garde à vue*. Gaz. Pal. 1969, 2<sup>e</sup> sem., chron. 18 ; LEROY, Jean. *La garde à vue*. Art. 53 à 73 CPP. J. Cl., Procédure pénale, 2003 ; MIEN, Dominique., BARRE, Jean-François. *Reste-t-il des droits de la défense en phase d'enquête ?* AJ pénal 2004, p.235.

<sup>143</sup> Cf. supra n°218.

aujourd'hui, non seulement la garde à vue fait l'objet de contraintes normatives, mais la personne détenue se voit reconnaître des droits, tels que le droit d'être informé, de consulter un avocat, un médecin ou encore prévenir un membre de sa famille. L'étude de ces droits sous l'angle croisé des principes du contradictoire et de l'égalité des armes nous permet d'en mesurer assez justement l'intensité et la force.

Il convient par conséquent d'étudier successivement le développement des droits (A) et l'affirmation des principes (B) au sein de la garde à vue.

## A – Le développement des droits

**242.** Les droits en matière de garde à vue ont la particularité d'être indirectement issu de la première loi consacré aux droits de la défense. À l'époque, en créant le « *système de la porte ouverte* »<sup>144</sup> des cabinets d'instruction, la loi du 8 décembre 1897 provoque cette conséquence inattendue que le parquet et la police inventent *l'enquête officieuse* pour faire avant, sans la présence de l'avocat, ce qu'ils ne pouvaient plus faire une fois le juge d'instruction saisi, à savoir obtenir des aveux. Ce mouvement incident en réaction à cette réforme tend à déplacer le centre de gravité des enjeux du débat judiciaire en amont de la procédure. Pour la première fois où l'accusation voit son autorité discutée par la défense, un autre lieu de pouvoir inquisitoire, absolu, apparaît. La naissance de l'enquête officieuse, de la garde à vue et de son non moins contestable interrogatoire, sont directement issues du pouvoir prétorien de l'accusation<sup>145</sup>. L'entrée de l'avocat dans le cabinet d'instruction a catalysé le développement d'une pratique existante dont l'origine « *se perd dans le passé sans qu'on puisse lui assigner une date précise* »<sup>146</sup>. Les pouvoirs d'investigation attribués aux OPJ dans le cadre des enquêtes, connaissent progressivement des applications illégales. La présence de la défense engendre une perte de repères, une remise en cause des méthodes d'investigation et d'enquête<sup>147</sup> et surtout une crainte d'inefficacité de la répression. Durant la phase d'information, elle est perçue par l'accusation comme une ingérence inappropriée, une anomalie juridique qui risque de court-circuiter l'efficacité de la machine judiciaire. Aussi les OPJ anticipent les mesures et déplacent l'interrogatoire en amont de la procédure en créant la

---

<sup>144</sup> SAURON, Jean-Luc. *Les vertus de l'inquisitoire ou l'État au service des droits*. Revue Pouvoirs, n° 55, 1990, p.54.

<sup>145</sup> Selon le Procureur général Besson, « *à la vérité, la garde à vue est issue des nécessités de la pratique judiciaire* ». À titre d'exemple, certains magistrats exerçaient la pratique dite "*du petit parquet*" qui consistait à entendre les personnes interpellées uniquement le matin. Par conséquent, il était impossible de déférer les individus appréhendés dans l'après-midi et ceux-ci étaient seulement présentés au substitut le lendemain matin. En raison de cet empêchement matériel, l'article 307 du Décret de 1903 permettait la garde à vue dans une des salles de la mairie ou dans la chambre de sûreté de la caserne de gendarmerie. En réalité, la plupart des gendarmes et des policiers informaient simplement les parquets qui acceptaient cette détention, condamnable au regard des principes, mais nécessaire, à leurs yeux, pour assurer la défense sociale.

<sup>146</sup> BESSON, Antonin. *Chronique sur la garde à vue*. Rec. D. 1958, p.136.

<sup>147</sup> Sous le régime du Code d'instruction criminelle (CIC), lorsqu'une plainte était déposée ou un individu interpellé en flagrant délit, le procureur de la République devait choisir, selon l'importance de l'affaire et les difficultés de la preuve, entre la citation directe et l'information préalable. Dans ce dessein, il chargeait les OPJ de recueillir les renseignements utiles et opportuns à toutes fins de poursuites. Ces investigations étaient nécessaires afin de vérifier la véracité des faits, la pertinence des plaintes, le bien-fondé des accusations et l'opportunité des poursuites. HELIE, Faustin. *Code d'instruction criminelle*. Pratique criminelle des Cours et Tribunaux, 5<sup>e</sup> Éd., 1951. DONNEDIEU DE VABRES, Henri. *Traité de droit criminel*. Recueil Sirey, 3<sup>e</sup> Éd., 1947, n°1058 et s.

garde à vue, sans le regard du contradictoire, mais avec la complaisance tout juste implicite des acteurs judiciaires.

Progressivement, le procédé, qui constituait à l'origine en une simple recherche de renseignements, s'institutionnalise et devient au fil des procédures une véritable enquête parallèle. L'importance du phénomène est à la mesure des polémiques étologiques sur ses fondements juridiques. Malgré une exégèse exhaustive des textes de loi du procureur Blondet<sup>148</sup> qui tend à démontrer, au moyen d'ellipses juridiques et autres analogies, la légitimité de l'enquête officieuse, le défaut de fondement légal persiste<sup>149</sup>.

Sous le régime du Code d'instruction criminelle, l'arrestation des délinquants n'est légalement possible qu'en matière de flagrant délit<sup>150</sup>. En dehors de cette hypothèse, elle est illégale. Il se pose alors la question du régime juridique appliquée à la personne entendue dans le cadre de l'enquête officieuse, lorsque les investigations révèlent qu'elle est l'auteur de l'infraction. Juridiquement, elle est libre de ces mouvements mais dans la pratique, son maintien en détention s'avère nécessaire. Tellement nécessaire que la Chancellerie les a explicitement reconnues dans une circulaire<sup>151</sup> du 16 août 1842 ainsi que la Cour de cassation à travers sa jurisprudence<sup>152</sup>.

Le fossé entre la pratique et la loi devient de plus en plus préoccupant. Dans son rapport général sur le Code de procédure pénale, M<sup>e</sup> Sinay écrit : « *qu'il s'est trouvé qu'au terme d'une longue évolution des choses et, pourrait-on dire, d'une détérioration progressive de la pratique, celle-ci ne s'est plus trouvée conforme à la loi. La désuétude de la loi, sa déchéance à l'état de lettre morte, conduisait à l'arbitraire, à l'abus du pouvoir, à la pratique extra-légale, à la voie de fait et finalement au mépris de la loi* ».

À lui seul, l'interrogatoire officieux cumule la violation de quatre principes essentiels : la liberté d'aller et venir, la présomption d'innocence, les droits de la défense et dans une certaine mesure le principe de séparation des autorités (poursuite-instruction)<sup>153</sup>.

**243.** Dans son ensemble, la doctrine<sup>154</sup> reconnaît son caractère nécessaire mais certains regrettent également son illégalité et surtout les abus inhérents à cette lacune normative.

Dans le flou du droit, l'accusation enquête, retient – de manière coercitive si nécessaire – et interroge toute personne susceptible de détenir des informations ou indices sur les infractions en cours. Dans ce dessein, les policiers sont libres de toute contrainte légale. Inutile de préciser que ce domaine de non droit favorise la capitulation des libertés individuelles par l'absence de condition d'application des règles de droit quand à l'objet, le lieu (locaux spécifiques prévus à cet effet) ou encore le temps (durée de la mesure, temps de repos et de restauration...) de la procédure. L'ensemble de l'enquête officieuse est profilé pour obtenir la *probatio probatissima*, la reine des preuves, l'aveu. Pour ce faire, les OPJ ont recours à des

---

<sup>148</sup> **BLONDET**, Maurice. *La légalité de l'enquête officieuse*. JCP 1955, chron. n° 1233.

<sup>149</sup> **BOUZAT**, Pierre., **PINATEL**, Jean. *Traité de droit pénal et de criminologie*. t. II, 2<sup>nd</sup> Éd., 1970, n° 1247. **RAVIER**, Paul. *Recherche de la vérité judiciaire et audition-interrogatoire du suspect*. Thèse Paris, 1978, p.358 ; **CLEMENT**, Stéphane. *La garde à vue*. Mémoire de DEA, 1999, p.7.

<sup>150</sup> Art. 106 du Code d'instruction criminelle.

<sup>151</sup> **BLONDET**, Maurice. *La légalité de l'enquête officieuse*. JCP 1955, chron. n° 1233, p.20.

<sup>152</sup> Cass. crim. 09 août 1862, D.P. 1863, 1, 107 ; Cass. crim. 29 juin 1865, Bull. crim. n°139 ; Cass. crim. 13 janvier 1876, Bull. crim. n°15 ; Cass. crim. 07 août 1902, D.P. 1903, 5, 421 ; Cass. crim. 28 janvier 1911, Bull. crim. n°64.

<sup>153</sup> **QUERIAUX**, Guy. *La garde à vue*. Thèse, Paris, 1965, p 20.

<sup>154</sup> **BLONDET**, Maurice. *L'enquête préliminaire dans le nouveau code de procédure pénale*. JCP 1959, chron. n°1513, p.34 ; **BESSON**, Antonin. *L'origine, l'esprit et la portée du Code de procédure pénale*. Rev. sc. crim. 1959, p.275 « *l'enquête officieuse était fille de la nécessité* ».

techniques d'interrogatoire redoutables et redoutées à l'aune des violences physiques, morales et psychologiques exercées<sup>155</sup>. Les carences légales sont proportionnelles aux atteintes aux libertés et droits fondamentaux<sup>156</sup>.

Du côté de la doctrine, une minorité s'en contente et considère à l'image des litotes de M. Blondet<sup>157</sup> que la personne « *gardée à vue n'était pas mise au régime commun des prisonniers mais elle demeurait simplement assise sur une chaise, en face d'un gendarme qui lui faisait poliment la conversation pour tuer le temps* ». C'est également l'avis du commissaire Lambert, qui dans son *Traité de police judiciaire*, défendait la thèse du « *consentement tacite* » ou du « *défaut d'opposition* ». Il faut que « *les personnes soupçonnées et les témoins viennent d'eux-mêmes abdiquer leur liberté dans les commissariats* »<sup>158</sup>.

Cependant, dans une grande majorité<sup>159</sup>, les auteurs se montrent de plus en plus critiques à l'égard des exactions perpétrées en garde à vue. En 1928, lors d'une conférence remarquée à la société des prisons, Maurice Garçon dénonce ces pratiques, visant à contourner la fin de l'isolement de l'inculpé chez le juge, en permettant que l'enquête policière soit menée sans le contrôle de la défense, pour arracher déclarations ou aveux par la pression qu'exerce sur un homme la seule privation de liberté et l'isolement, sans parler, bien sûr, d'éventuelles violences ou contraintes illicites. Une intervention législative devenait donc inéluctable.

**244.** L'illégalité d'une pratique et ses effets pervers inhérents sont avec les événements historiques<sup>160</sup>, à l'origine de la réforme. À la sortie de la guerre, la situation juridique est des plus confuses et incertaines. Une intervention législative devient impérieuse. Mais dans quel sens ? Faut-il prohiber la garde à vue comme le réclament certains<sup>161</sup>, ou au contraire l'officialiser<sup>162</sup>. Après l'échec du projet de loi de M. Donnedieu de Vabres<sup>163</sup>, une

---

<sup>155</sup> BESSON, Antonin. *Chronique sur la garde à vue*. Rec. D. 1958, p.136 ; *L'origine, l'esprit et la portée du Code de procédure pénale*. Rev. sc. crim. 1959, p.273 ; FOUCAULT, Michel. *Surveiller et punir*. Éd. Gallimard, 1975, p.42. « L'aveu est une preuve particulièrement forte ne demandant pour emporter la condamnation que quelques indices supplémentaires, réduisant au minimum le travail d'information et la mécanique démonstratrice, l'aveu est donc recherché ; on utilisera toutes les coercitions pour l'obtenir ». Ass. Nat. Débats parlementaires, JO, 3e séance du 25 juin 1957, pp.2998-2999.

<sup>156</sup> Il aurait pu en être autrement. Vu qu'il était reproché à l'enquête officieuse de violer indirectement le loi de 1897 en retirant à l'inculpé le bénéfice des garanties que le législateur lui avait reconnues. Il était concevable d'étendre la contradiction de l'information à la phase d'enquête. Toutefois, ce raisonnement par analogie n'était pas suivi par la Cour de cassation qui au contraire, dans un arrêt de principe, affirmait très explicitement son refus d'appliquer les droits de la loi de 1897 à l'enquête préliminaire. Cass. crim. 11 août 1899, Bull. crim. n° 255 ; elle affirme que « *la loi du 8 décembre 1897 ne régit que les actes d'information auxquels il est procédé par le juge d'instruction, mais aucune disposition de cette loi ne vise les actes d'enquête préliminaire auxquels il est procédé par le procureur de la République ou par ses auxiliaires* ».

<sup>157</sup> BLONDET, Maurice. *Les pouvoirs de la police et de la gendarmerie dans l'enquête préliminaire*. JCP n°25 du 20 juin 1956.

<sup>158</sup> LAMBERT, Louis. *Traité théorique et pratique de police judiciaire*. 1947, p.398.

<sup>159</sup> FAUSTIN, Hélié. *Traité de l'instruction criminelle*. Tome III, p.69 ; BESSON, Antonin. *La police judiciaire et le Code de procédure pénale*. Dalloz, 1959, Chronique XXI. VOUIN, Robert. *Le Code de procédure pénale*. JCP 1959, I, n°1477.

<sup>160</sup> Après la brutalité et la barbarie des interrogatoires conduits par la police nazie sans garanties judiciaires, l'opinion publique, les juristes comme les parlementaires, ont pris conscience du besoin de poser des règles de droit précises afin d'assurer pendant la phase policière, la liberté individuelle et le respect de la personne humaine. V. BOULOC, Bernard., LEVASSEUR, Georges., STEFANI, Gaston. *Procédure pénale*. Précis Dalloz, 16<sup>e</sup> Éd. p.77.

<sup>161</sup> VOUIN, Robert. *La Cour de sûreté de l'État*. JCP 1963, I, 1764, n°27 ; GARÇON, Maurice. *Le Monde* du 11 janvier 1963.

<sup>162</sup> BLONDET, Maurice. *Les pouvoirs de la police et de la gendarmerie au cours de l'enquête préliminaire*. JCP 1956, I, 1311.

nouvelle commission est instituée en 1953 sous la présidence du procureur Général Besson. L'importance de la réforme est à la mesure de l'intensité des débats doctrinaux<sup>164</sup> et parlementaires<sup>165</sup>. Le projet de réforme n'est pas exempt de critiques, mais les rédacteurs du Code de procédure pénale, soucieux d'élaborer un code libéral, ont voulu mettre un terme à une trop grande hypocrisie. Comme l'indique le procureur général Besson, dans son rapport, « *Le caractère arbitraire de la garde à vue s'apprécie non par sa durée mais par les circonstances qui l'ont motivé... quoi qu'il en soit, elle est la condition nécessaire de certaines opérations de police judiciaire. Aussi bien est-il apparu à la commission qu'il valait mieux reconnaître la garde à vue que de feindre d'en ignorer l'existence* ».

Il justifie d'ailleurs cette légalisation par la nécessité d'insérer dans d'étroites contraintes juridiques une pratique qui, auparavant, ne connaissait pas de limites, du fait même de son illégalité.

**245.** La mise en œuvre des droits de la défense par l'application des principes du contradictoire et de l'égalité des armes ne s'est pas réalisée dès l'entrée en vigueur du Code de procédure pénale en 1958. À cette époque, la phase policière reste un "bastion" dans lequel la défense et la partie civile subissent les investigations, plus qu'elles n'en ont la maîtrise, voire même la connaissance. À défaut d'octroyer des droits à la personne retenue, le législateur entend consacrer dans notre droit positif, la pratique policière et ainsi réglementer les conditions d'application de cette mesure. Seulement la légalisation de la garde à vue a pour principale et unique conséquence d'homologuer une pratique policière d'habitudes. Loin de maîtriser l'action des OPJ à l'intérieur d'un formalisme contraignant, la loi se révèle être un formidable facteur de légitimation. Sous son sceau, les abus aux cours des garde à vue ne cessent d'exister, faute de contrôles<sup>166</sup> réels et de sanctions dissuasives de la part des autorités judiciaires<sup>167</sup>. Aussi, cette jurisprudence de complaisance à l'égard des dérives policières est-elle vivement critiquée par la doctrine<sup>168</sup>.

---

<sup>163</sup> Aussitôt après la libération, une commission extra-parlementaire sous la présidence de M. Donnedieu de Vabres présentait un projet de réforme du Code d'instruction criminelle. En raison du cumul des fonctions de poursuite et d'instruction au profit du seul procureur de la République et du recul manifeste des garanties traditionnelles de la défense, ces innovations ont connu de vives critiques de l'ensemble de la communauté des juristes. Texte du projet à la Revue de science criminelle, 1949, p.433 s., 617 s., 796 s.

<sup>164</sup> **BESSON**, Antonin., **VOUIN**, Robert., **ARPAILLANGE**, Pierre. *Code annoté de procédure pénale*. Paris, 1958. **HELIE**, Faustin., **BROUCHOT**, Jean et Jacques., **GAZIER**, Jacques. *Analyse et commentaire du Code de procédure pénale*. Paris, 1959. **GARCON**, Maurice. *Défense de la liberté individuelle*. Paris, 1957. « *Consacrer qu'un citoyen qui fait l'objet d'un simple soupçon peut-être, sans contrôle, privé de sa liberté et soumis à des interrogatoires prolongés et exténuants, forme mineure de la contrainte, sans pouvoir être protégé contre des abus inévitables, c'est un recul de soixante ans et pas pour aboutir à un progrès* ».

<sup>165</sup> Rapport de M. **ISORNI** à l'Assemblée nationale, annexe au PV de la séance du 21 février 1957, n° 4255, p.43 à 47. Rapport de M. **CHARLET** au Sénat, annexe au PV de la séance du 7 juin 1956, n° 506, p.42.

<sup>166</sup> Le procureur de la République était chargé de la direction des activités de la Police judiciaire (art. 41 C. pr. pén.), le Procureur général avait pour mission de veiller à l'application de la loi pénale dans toute l'étendue du ressort de la Cour d'appel (art. 35 C. pr. pén.) et l'ensemble de la Police judiciaire était placée sous le contrôle de la Chambre d'accusation (art. 13 C. pr. pén.). Par ailleurs, dans le cadre des commissions rogatoires, le juge d'instruction devait également surveiller la conformité des procédures avec les pouvoirs délégués. Les bases légales d'un contrôle efficace étaient posées pour garantir une meilleure protection des libertés. Seulement, les autorités judiciaires n'ont jamais réellement contrôlé l'activité de la Police, elles ont démissionné de leurs attributions faute de moyens suffisants pour les exercer. V. **GLEIZAL**, Jean-Jacques. *La police nationale. Droit et pratique policière en France*. Presse universitaire de Grenoble, 1974, p.217 ; **VITU**, André. *Procédure pénale*. Coll. Thémis, 1957, p.817 ; *Le Monde* du 5-6 janvier 1955, **GARCON**, Maurice. Il écrivait : « *Par une déformation déplorable, le juge accepte de devenir le collaborateur de la police...* ».

<sup>167</sup> Dans un arrêt de principe du 17 mars 1960, elle affirme que les règles relative à la garde à vue « *ne sont pas prescrites à peine de nullité... leur inobservation... ne saurait par elle-même entraîner la nullité des actes de la*

**246.** Pendant trente-cinq années durant, l'approche juridique de la garde à vue est restée inchangée. Il faut attendre les lois des 4 janvier et 24 août 1993, et du 15 juin 2000<sup>169</sup> pour que le législateur change radicalement de philosophie en mettant davantage l'accent sur la protection du gardé à vue. Les avancées multiples des droits de la défense sont le résultat d'un long mouvement libéral interne et européen fondé sur le concept de la justice des droits de l'homme. Considérées comme « *une réforme de plus* » par certains auteurs<sup>170</sup>, il est néanmoins certain qu'elles ont rempli pour partie leur objectif de mettre fin à la marginalité dans laquelle se trouvait la France par rapport à certains pays européens, en mettant la procédure pénale, et spécialement les droits de la défense, en conformité avec la législation et la jurisprudence européenne.

Le courant européen des droits de l'homme influence explicitement le projet de réforme ambitieux inscrit dans le rapport Delmas-Marty<sup>171</sup> dont les premières lois s'inspirent directement. De même, les conclusions du rapport Truche<sup>172</sup> entendent poursuivre l'œuvre législative inachevée de 1993. Par rapport aux autres États européens comme l'Espagne<sup>173</sup>, l'Allemagne<sup>174</sup> – pour représenter le système pénal inquisitoire – ou encore l'Angleterre<sup>175</sup> et l'Italie<sup>176</sup> – représentant du système accusatoire –, elles ne font que combler une partie du retard pris par notre procédure pénale sur les standards médians des droits de la défense<sup>177</sup>.

*procédure lorsqu'il n'est pas démontré que la recherche et l'établissement de la vérité s'en sont trouvés viciés fondamentalement* ». Cass. crim. 17 mars 1960, Aff. *Abassi*, Bull. crim. n° 156 ; Cass. crim. 27 décembre 1960, Aff. *Merzouk*, Bull. crim. n° 252 ; Cass. crim. 10 octobre 1968, Aff. *Nivet*, Bull. crim. n° 252. V. **SHIBAHARA**, Kuniji. *La garde à vue et son contrôle en droit comparé*. Thèse, Paris II, 1974 ; **MERLE**, Roger. *Le problème du contrôle juridictionnel de la garde à vue*. in Mélanges offerts à Roger Merle, Cujas, 1993, p.159.

<sup>168</sup> MM. Merle et Vitu considèrent qu'ils « *creusent un fossé profond et inquiétant entre l'enquête de police, dont la Cour de cassation ne veut apercevoir que très exceptionnellement les anomalies, et la procédure d'instruction dont elle examine méticuleusement la conformité aux règles légales* ».

<sup>169</sup> Loi n° 93-2 du 04 janvier 1993, Loi n° 93-1013 du 24 août 1993 et Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000. **BUISSON**, Jacques. *La garde à vue dans la loi du 15 juin 2000*. Rev. sc. crim. 2001, p.25.

Disponible sur : <http://www.legifrance.gouv.fr/> [consulté le 08/07/2007]

<sup>170</sup> **PRADEL**, Jean. *La mise en état des affaires pénales. Propos sceptiques sur le rapport de la commission justice pénale et droits de l'homme*. D. 1990, chron. p.301 ; **JEAN-LUC**. *Commentaire du rapport préliminaire sur la mise en état des affaires pénales dit « Rapport Delmas-Marty » ou l'enfer pavé de bonne intentions*. Gaz. Pal. 1990, p.137 ; **PRADEL**, Jean. *Encore une tornade sur notre procédure pénale avec la loi du 15 juin 2000*. D. 2000, n°26, p.5.

<sup>171</sup> **DELMAS-MARTY**, Mireille. *Rapport sur la mise en état des affaires pénales*. Commission justice pénale et droit de l'homme, La Documentation française, 1991.

Disponible sur : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/914059500/index.shtml> [consulté le 08/07/2007]

<sup>172</sup> **TRUCHE**, Pierre. *Rapport de la commission de réflexion sur la justice*. La Documentation française, 1997.

Disponible sur : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/974072100/index.shtml> [consulté le 08/07/2007]

<sup>173</sup> **ARMAGNAC**, Henri., **BLUCHE**, Olivier., **CHABERT**, Benoît., et al. *Le système espagnol de la garde à vue*. Gaz. Pal. du 23 avril 1994, p.491.

<sup>174</sup> **BOHLANDER**, Michael. *La défense de l'accusé en garde à vue : remarques sur la situation juridique en Allemagne*. Rev. sc. crim. 1994, p.310.

<sup>175</sup> **HODGSON**, Jacqueline. **RICH**, Geneviève. *L'avocat et la garde à vue : expérience anglaise et réflexions sur la situation actuelle en France*. Rev. sc. crim. 1995, p.319.

<sup>176</sup> **CHIAVARIO**, Mario. *Les mouvements de réforme du procès pénal et la protection des droits de l'homme en Italie*. RIDP 1993, Vol 64, p.1193.

<sup>177</sup> Cf. Rapport de l'Assemblée nationale n°2932 par M. Pezet du 02 octobre 1992 sur le projet de loi portant réforme de la procédure pénale, pp.168-191 ; Rapport de l'Assemblée nationale n°1468 par C. Lazerges du 11 mars 1999 sur le projet de loi renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, Annexe 2, pp.379-388.

Enfin, sur le plan européen, elles se mettent en conformité avec le droit conventionnel et jurisprudentiel de la Cour de Strasbourg. Condamnée à de nombreuses reprises par la Cour européenne des droits de l'homme pour le non respect des règles du procès équitable<sup>178</sup>, pour l'illégalité des écoutes téléphoniques, et surtout pour des actes de torture ou des traitements inhumains ou dégradants<sup>179</sup>, la France était politiquement contrainte à réformer sa procédure pénale.

Désormais, tout placement en garde à vue s'accompagne d'une notification des droits de la défense à la personne retenue dans une langue qu'elle maîtrise. Elle a notamment le droit de consulter un avocat, un médecin, de prévenir un membre de sa famille, de connaître les charges qui pèsent contre elle et de garder le silence. Les dernières réformes<sup>180</sup>, fortement connotées par le mouvement de repli sécuritaire international, ont modifié substantiellement les droits de la défense en garde à vue dans les procédures d'exceptions<sup>181</sup>. Mais en ce qui concerne le droit commun, il est resté quasiment inchangé. La notification des droits met en exergue l'étendue des principes.

## B – L'affirmation des principes

**247.** Les progrès des droits de la défense se vérifient à l'aune de la notification des droits. Ils sont garantis par une application instantanée du principe du contradictoire (1) et momentanée du principe de l'égalité des armes (2).

### 1) Un contradictoire instantané

**248.** L'application du principe du contradictoire est consubstantielle à la notification des droits de la défense dans sa fonction d'information. Ils partagent un même but qui consiste à porter à la connaissance d'une personne des éléments importants la concernant. Par rapport aux droits de la défense, le contradictoire figure au cœur du système. Il est une garantie indispensable et indissociable de leurs applications. L'affirmation comme la reconnaissance d'un droit n'a jamais constitué une fin en soi. À l'image des droits subjectifs, les droits de la défense ne sont animés ni d'une mobilité autonome, ni d'une utilité intrinsèque. Ils ont une possibilité d'exister si, et seulement si, le principal intéressé en a connaissance. Finalement, l'exécution des droits de la défense est indifférente à ce stade de l'analyse. L'essentiel étant d'informer la défense afin de lui laisser un libre choix dans sa prise de décision. En effet, quel serait l'intérêt d'un droit parfaitement légal et libre d'être exécuté par la défense, si cette dernière n'en était pas informée ? Il resterait théorique,

---

<sup>178</sup> CEDH du 24 avril 1990, Aff. *Kruslin c/France*, Série A, n°274A, écoutes illégales ; CEDH du 19 décembre 1990, Aff. *Delta c/France*, Série A, n°191A, témoignage indirect ; CEDH du 27 novembre 1991, Aff. *Kemmache c/France*, Série A, n°218, détention provisoire ; CEDH du 25 février 1993, Aff. *Funke c/France*, Série A, n°256A, procès équitable ; CEDH du 23 mai 2000, Aff. *Van Pelt c/France*, req. n°31070/96, non comparution. V. **GUINCHARD**, Serge., **BUISSON**, Jacques. *Procédure pénale*. Litec, 2005, pp.100-104 pour une bibliographie importante sur l'influence multiple de la CEDH sur notre droit positif.

<sup>179</sup> CEDH du 27 août 1992, Aff. *Tomasi c/France*, Série A, n°241A, Rev. sc. crim. 1993, p.33 et 142 ; CEDH du 28 juillet 1999, Aff. *Selmouni c/France*, req. n°25803/94, JCP 1999, II, 10193.

<sup>180</sup> Cf. supra note de bas de page n°1. **TAQUET**, François. *Les règles en matière de garde à vue issues de la Loi du 4 mars 2002 ou l'art de réformer une réforme*. Gaz. Pal. du 28 juillet 2002, Doct. p.3.

<sup>181</sup> Cf. infra n°468 et s.



illusoire et inutile. Or, l'existence d'un droit, quel qu'il soit, ne vaut que par son exercice et la connaissance préalable de celui-ci. Aussi le droit européen considère à juste titre que « *le but de la convention consiste à protéger non pas des droits théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs*<sup>182</sup> ». De même, lorsque notre législateur prescrit expressément à l'article 63-1 du Code de procédure pénale que « *Toute personne placée en garde à vue est immédiatement informée par un OPJ [...] de la nature de l'infraction sur laquelle porte l'enquête, des droits [...] ainsi que des dispositions relatives à la durée de la garde à vue prévues par l'article 63* », il entend garantir l'exercice des droits de la défense par le principe du contradictoire. La notification des droits n'est rien d'autre qu'une manifestation de ce principe. Et la rigueur avec laquelle la jurisprudence l'interprète, démontre d'une part l'étendue de la force du contradictoire, et d'autre part l'importance manifeste qu'elle alloue à ces droits.

**249.** Les juges ne tolèrent plus aucun retard dans la notification des droits<sup>183</sup>, sauf circonstances insurmontables<sup>184</sup>. Dès le placement en garde à vue, la personne est informée verbalement de ses droits. La Cour admet la validité de la notification verbale des droits lorsque les circonstances de l'enquête l'exigent<sup>185</sup>. Toutefois, elle la considère comme un substitut temporaire à la notification écrite au procès-verbal, prescrit par la combinaison des articles 63-1, 64 et 66 du Code de procédure pénale.

Afin d'assurer le respect de cette obligation d'information immédiate, la notification peut s'exécuter par tout moyen. Elle peut prendre la forme d'un formulaire remis à la personne placée en garde à vue dans lequel l'ensemble des droits sont recensés, et leurs applications expliquées. Dans l'hypothèse où la personne arrêtée est de nationalité étrangère et ne comprend pas notre langue, les formulaires sont traduits dans les principales langues étrangères afin de satisfaire à cette exigence de célérité. La chambre criminelle<sup>186</sup> a précisé que la loi exige que la personne ait connaissance de ses droits dans une langue qu'elle comprend, mais non que l'OPJ ait recours à un interprète assermenté, au sens de l'article 102 du Code de procédure pénale. Derrière cette jurisprudence, la Haute cour tient compte des difficultés quotidiennes des enquêteurs pour trouver un interprète, et elle y répond avec

<sup>182</sup> CEDH du 09 octobre 1979, Aff. *Airey c/Irlande*, Série A, n°32.

Disponible sur : <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr> [consulté le 08/07/2007]

<sup>183</sup> La chambre criminelle considère que « *tout retard injustifié dans la notification des droits porte nécessairement atteinte aux droits de la défense* ». Cass. crim. 30 avril 1996, Bull. crim. n°182, Rev. sc. crim. 1996, p.879, obs. Dintilhac ; Cass. crim. 11 octobre 2000, Bull. crim. n°296, Dr. pénal 2001, comm. 13, obs. Maron ; Cass. crim. 02 mai 2002, pourvoi n°01-88.453. Elle va même jusqu'à préciser qu'il y a « *atteinte aux intérêts de la personne quand même il n'aurait été procédé à aucune audition de l'intéressé entre le moment de son placement en garde à vue et celui de la notification de ses droits* ». Cass. crim. 10 mai 2000, Bull. crim. n°182.

<sup>184</sup> Elles sont restrictivement interprétées et strictement limitées. Expl : l'état d'ébriété, Cass. crim. 03 avril 1995, Bull. crim. n°140, Rev. sc. crim. 1995, p.609, obs. Dintilhac, Procédures 1995, comm. 191, obs. Buisson ; l'encercllement d'un commissariat par des manifestants, Cass. crim. 10 avril 1996, Procédures 1996, comm. 229, obs. Buisson ; problème d'interprète, Cass. civ. 2° 04 juillet 2002, Bull. civ. II n°154.

<sup>185</sup> § 2.1 Circ. du 04 décembre 2000, BOMJ n°80 sur la présentation de la Loi du 15 juin 2000. Le principe du contradictoire apparaît ostensiblement dans la rédaction des procès-verbaux de garde à vue. Suite à l'information du placement en garde à vue, la demi-heure qui suit est réservée à la notification des droits du gardé à vue. Le procès-verbal recense un par un l'ensembles droits et, pour chacun d'eux, une signature de l'intéressé et de l'OPJ auteur de la mesure sont obligatoires. L'application du contradictoire transparaît ainsi dans la forme même de la procédure.

<sup>186</sup> Cass. crim. 26 mai 1999, Bull. crim. n°105, Dr. pénal 1999, comm. 237, obs. Buisson ; Circ. du 10 janvier 2002, §3.1, BOMJ n°85 sur l'application des dispositions relatives à la garde à vue résultant de la Loi du 15 juin 2000. Cette obligation pendant l'enquête perdure également pendant les actes d'investigation, tels que les expertises. Cass. crim. 21 mars 2007, pourvoi n°06-89554.

pragmatisme en validant la pratique qui consiste à faire appel, comme en détention<sup>187</sup>, à des interprètes "maison", même si la circulaire préconise de faire appel en priorité aux interprètes judiciaires<sup>188</sup>. Dans le même but, les juges se satisfont d'une notification des droits d'une personne d'origine chinoise avec l'aide d'un interprète par le truchement des moyens de télécommunications modernes tels que le téléphone ou la visioconférence<sup>189</sup>. Le législateur a souhaité que le but de cette disposition soit atteint quelles que soient les difficultés pratiques rencontrées par les enquêteurs. Il va jusqu'à prévoir l'intervention d'un interprète en langue des signes lorsque la personne est atteinte de surdité<sup>190</sup>.

Par ailleurs, les magistrats n'approuvent aucun retard dans l'information du représentant du ministère public lors du placement en garde à vue d'un individu. Cette garantie est partagée par les autres législations européennes<sup>191</sup>. En tant que gardien des libertés individuelles, il doit en être informé dès le début de la mesure afin d'effectuer sa mission de contrôle. En effet, si l'OPJ reste le principal instigateur et opérateur de la garde à vue, le ministère public conserve néanmoins un pouvoir de contrôle sur le respect des conditions de la procédure<sup>192</sup>. La jurisprudence exige une information immédiate<sup>193</sup>, sauf circonstances insurmontables<sup>194</sup>. En pratique, ces renseignements font l'objet d'un contact téléphonique entre l'OPJ et le magistrat de permanence au STD. En outre, ils sont consignés dans le procès-verbal en précisant l'heure à laquelle l'information a été délivrée, ainsi que le nom du magistrat qui en a été destinataire.

**250.** Le renforcement du contradictoire dans la notification des droits de la défense ne s'arrête pas à cette seule obligation irréfragable d'immédiateté dans la communication, il s'intéresse également à la qualité de l'information. En effet, si la promptitude à informer le gardé à vue constitue un élément fondamental dans l'exécution des droits de la défense, il faut reconnaître que la nature, la précision et la compréhension de l'information contribuent tout aussi substantiellement à leur application. Il ne suffit pas d'énoncer de façon linéaire et succincte la mesure de placement et la liste exhaustive des droits, encore faut-il faire preuve de précision dans leur formulation et de pédagogie dans leur mise en œuvre<sup>195</sup>.

Le droit de connaître les motifs de son arrestation constitue une prérogative conventionnellement protégée. Pour satisfaire aux prescriptions de l'article 5 § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'article préliminaire ainsi que l'article 63-1 du Code de procédure pénale énonce en substance que la personne retenue doit être informée

---

<sup>187</sup> Cf. supra n°141.

<sup>188</sup> Circ. du 04 décembre 2000, BOMJ n°80 sur la présentation de la Loi du 15 juin 2000.

<sup>189</sup> Pour agréer tout nouveau moyen d'information, les magistrats fondaient généralement leur décision sur l'efficacité de la nouvelle ressource, en visant dans leur motivation l'exécution concrète en l'espèce, d'un ou plusieurs droits. Versailles, 3 mai 2000, Dr. pénal 2000, comm. 94, obs. Maron. Depuis la Loi du 15 novembre 2001, l'article 706-71 du Code de procédure pénale est venu confirmer la jurisprudence. op. cit. § 3.2 Circ. du 10 janvier 2002, BOMJ n°85.

<sup>190</sup> Circ. du 04 décembre 2000, § 2.2.1. V. **SUDRE**, Frédéric., **MARGUENAUD**, Jean-Pierre., **ANDRIANTSIMBAZOVINA**, Joël., et al. *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*. Coll. Thémis, 4<sup>e</sup> Éd. PUF, 2007, p.370 ; **COMMARET**, Dominique. *Les exigences du procès équitable dans le domaine des droits de la défense*. Rev. sc. crim. 2005, p.868.

<sup>191</sup> En Italie, l'article 386 du Code de procédure pénale impose aux agent de police d'en informer immédiatement le procureur de la République. En Espagne, il s'agit de l'article 493 *in fine* du Code de procédure pénale, en Allemagne, de l'article au § 127 du St PO.

<sup>192</sup> Décision du Conseil constitutionnel du 11 août 1993, n°93-326 DC ; Circ. du 04 décembre 2000, § 1.2.

<sup>193</sup> Cass. crim. 10 mai 2001, Bull. crim. n°119, Procédures 2001, comm. 184, obs. Buisson ;

<sup>194</sup> Cass. civ. 2<sup>e</sup> 19 février 2004, Bull. civ. II n°70, Dr. pénal 2004, comm. 56, obs. Maron ; AJ pénal 2004, p.160.

<sup>195</sup> Cass. crim. 04 janvier 2005, AJ pénal 2005, p.160, obs. Leblois Happe. La notification des droits n'a pas à intervenir tant que l'intéressé n'est pas en mesure d'en comprendre le sens.

de la nature de l'infraction sur laquelle porte l'enquête. Le législateur, le gouvernement et les juges ne se contentent pas de la formule générique selon laquelle « *il existait des indices faisant présumer qu'il a commis ou tenter de commettre une infraction* ». Ils exigent de l'OPJ qu'il précise la nature de l'infraction<sup>196</sup>. Il est fondamental et légitime que le gardé à vue ait connaissance de l'infraction et des faits qui lui sont reprochés. Ainsi, notre droit positif est conforme à la jurisprudence européenne<sup>197</sup>.

La notification des droits met en œuvre le principe du contradictoire pour permettre le transfert d'informations. Mais elle ne poursuit pas cette seule et unique fin. Le dialogue qui s'instaure entre le gardé à vue et l'enquêteur constitue une manifestation concrète de l'exercice des droits. Il les notifie verbalement, puis généralement il s'enquiert de connaître les réponses du gardé à vue. Il ressort de cet échange succinct une précision nécessaire pour convenir des modalités d'application des droits tels que le nom, la filiation, le numéro de téléphone de la personne à contacter ou encore, le nom de l'avocat choisi. Implicitement, les OPJ, les magistrats déduisent légitimement de cette discussion, la bonne compréhension des droits<sup>198</sup>. L'information n'est pas une fin en soi, le législateur exige de l'enquêteur qu'il vérifie que les droits soient clairement appréhendés par le gardé à vue. Dans ce but, il use du principe du contradictoire pour commander à l'OPJ de s'informer auprès de l'intéressé des modalités d'exercice de ses droits. Ils ont un délai de trois heures à compter du placement en garde à vue pour réaliser toutes les diligences nécessaires<sup>199</sup>.

En ce qui concerne les personnes qui ne maîtrisent pas notre langue, conformément à l'article 6 § 3, e, de la Convention européenne des droits de l'homme, il est systématiquement fait appel à un interprète<sup>200</sup>. Son recours est indispensable pour communiquer avec la personne interpellée. La barrière de la langue est un obstacle pour les deux parties. Dans un sens, elle empêche l'exercice des droits de la défense, et dans l'autre, elle prohibe toutes possibilités d'interroger le suspect. Cependant, l'accusation a davantage à perdre que la défense dans l'absence d'interprète parce qu'elle se prive de l'interrogatoire, phase d'investigation essentielle, d'une part, et elle encourt la nullité de la procédure pour non respect de règles impératives, d'autre part.

La notification des droits en garde à vue connaît également l'application du principe de l'égalité des armes.

---

<sup>196</sup> Cass. civ. 2<sup>e</sup> 22 mai 2003, Bull. civ. II n°152, Dr. pénal 2003, comm. 104, obs. Maron ; op. cit. § 2.2.2 Circ. du 04 décembre 2000. Contra Cass. crim. 16 septembre 2003, Bull. crim. n°160. Cette exigence de qualification permet notamment de distinguer les conditions nécessaires à un placement en garde à vue, des conditions plus souples d'un contrôle d'identité. Toutefois, aucun texte n'impose d'aviser l'intéressé des autres infractions révélées ultérieurement au cours de la garde à vue. Cass. civ. 2<sup>e</sup> 05 février 2004, Bull. civ. II n°44.

<sup>197</sup> Elle exige une information sur la nature et la cause de l'accusation ; elle parle de « *la base juridique et factuelle des reproches formulés contre lui* ». CEDH du 19 décembre 1989, Aff. *Kamasinski c/Autriche*, Série A, n°168, § 79. RTDH 1991, p.217, obs. Callewaert.

<sup>198</sup> La jurisprudence déduit de l'exercice effectif d'un droit, la notification et la compréhension antérieure de ce dernier. Cass. crim. 15 janvier 2002, pourvoi n°01-87.103.

<sup>199</sup> Circ. du 19 mars 2002, § 3.2, BOMJ n° 86.

<sup>200</sup> Op. cit. Circ. du 04 décembre 2000, § 2.1. La jurisprudence précise que les dispositions de l'article 102 du Code de procédure pénale, qui exige des interprètes une prestation de serment, ne sont pas applicables en matière d'enquête. Cass. crim. 26 mai 1999, Bull. crim. n°105, Dr. pénal 1999, comm. 237, obs. J. Buisson.

## 2) Une égalité des armes momentanée

**251.** Dans son ensemble, la garde à vue n'est pas respectueuse du principe de l'égalité des armes. Cependant, cette atteinte n'est pas linéaire et constante. Il existe des instants au cours desquels le gardé à vue ne se trouve plus ostensiblement dans une position d'infériorité. La notification des droits constitue la première manifestation du principe de la phase policière. La conjugaison des droits et des principes à un même instant octroie à la défense une dimension encore jamais atteinte. Elle est informée de tous ses droits, des conditions d'application de la mesure de garde à vue, et elle participe activement à leurs mises en œuvre. Mais cette fusion complexe du triptyque systémique de la défense est-elle suffisante pour caractériser une égalité des armes ? Une inégalité de droit entre les parties n'est pas en soi dirimante ou constitutive d'une atteinte au principe de l'égalité des armes. Seule une accumulation de déséquilibres – plus ou moins prononcés – place la défense « *dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire* »<sup>201</sup>.

Traditionnellement, la phase policière et particulièrement la garde à vue se caractérisaient par une inégalité de droit, de pouvoirs, une iniquité de procédure et un usage immodéré de la contrainte. L'inégalité des armes intentionnellement observées par les enquêteurs poursuivait la quête de la vérité à travers l'obtention des aveux dans un univers complètement hermétique à la défense. Le mouvement des droits de l'homme a permis l'immixtion des droits de la défense au sein de la garde à vue. L'ambition du législateur était de rééquilibrer les pouvoirs entre les forces en présence. Le commencement d'exécution qui tend à trouver un équilibre entre l'ordre et la liberté, véritable leitmotiv de la loi du 15 juin 2000<sup>202</sup>, émerge au moment de la notification des droits.

Nous sommes parfaitement conscient que de nombreux indices démontrant une inégalité des armes sont toujours présents. La personne n'est pas libre de ses mouvements, elle fait l'objet de contraintes, d'une accusation et de nombreuses investigations. Elle ne maîtrise ni le temps ni l'espace, et elle doit affronter un état émotionnel particulièrement anxiogène. Son état psychologique est pour le moins perturbé, si ce n'est déséquilibré. Toutefois de nombreux éléments militent également en faveur de la défense au premier rang desquels figure l'intervention décisive de l'accusation.

**252.** L'OPJ à l'origine des poursuites, de l'arrestation, de l'accusation et de la position d'infériorité dans laquelle se situe le gardé à vue, informe ce dernier de ses droits et conduit les diligences nécessaires à leurs applications. Il est pour le moins paradoxal qu'une seule et même personne contribue à la fois " à armer et désarmer " son adversaire. Quelle est la logique de ce comportement contradictoire ?

Pour commencer, matériellement, fonctionnellement et dans le temps imparti à la notification, seule un fonctionnaire de police est à même d'informer l'intéressé de ses droits. La permanence d'un avocat au sein de chaque commissariat et gendarmerie n'est pas réaliste, et encore moins souhaité (par l'accusation). Cette pratique hexagonale se retrouve également dans les autres pays européens comme l'Espagne, l'Allemagne ou encore l'Italie<sup>203</sup>. En Angleterre, le législateur est allé jusqu'à créer un "*custody officer*", un « *gardien des droits du suspect* » dont le rôle consiste à informer l'intéressé de ses droits, et à s'assurer de la présence

---

<sup>201</sup> CEDH du 27 octobre 1993, Aff. *Dombo beheer c/Pays-Bas*, Série A, n°274, § 33.

<sup>202</sup> Compte rendu intégral, AN, 1<sup>ère</sup> séance du 24 mars 1999, p.2770 ; AN 2<sup>e</sup> séance 30 mars 1999, p.3029.

Disponible sur : <http://www.assemblee-nationale.fr/dossiers/justice.asp#presomption> [consulté le 08/07/2007]

<sup>203</sup> Art. 520-2 C. pr. pén. espagnol ; § 115 du St PO ; Art. 386 du C. pr. pén. italien.

effective du conseil lorsque le suspect le réclame<sup>204</sup>. Ensuite et surtout, il n'est pas fortuit de contraindre le représentant de l'accusation à notifier les droits à la défense. Il est simplement fait application du principe de l'égalité des armes. En matière civile, le contradictoire exige de chaque partie qu'elles communiquent à leur adversaire le mémoire dans lequel figure toute la trame argumentative avec les différentes preuves, soutien nécessaire à leurs prétentions. Ainsi les parties s'affrontent à armes égales sur une base égalitaire et loyale à la faveur de la contradiction. En l'espèce, le législateur a transposé, et adapté le principe à la garde à vue, et son application conduit l'accusation à informer la défense de ses droits. Le lien de subordination qui assujettit la défense au profit de l'accusation s'estompe momentanément. La disproportion des positions, des droits et des pouvoirs tend vers un équilibre idéal des parties, sans jamais l'atteindre. Mais tel n'est pas non plus le but recherché par le législateur en adoptant le principe de l'égalité des armes.

Ainsi, d'une situation d'arrestation où les principes et les droits sont quasi inexistant<sup>205</sup>, on passe à une phase d'information, puis à une discussion sur les modalités d'application de ces droits.

**253.** Il ne fait aucun doute que la notification des droits respecte le principe de l'égalité des armes. Seulement les droits de la défense sont momentanément garantis. Dans la garde à vue, la phase de notification est très brève.

En enquête de flagrance et sur commission rogatoire, l'arrestation, le placement en garde à vue et sa notification s'effectuent quasi simultanément. Ensuite, en fonction du temps nécessaire pour réaliser les investigations inhérentes à la procédure (perquisition, réquisition, saisie) et au transport sur le lieu de rétention, les OPJ complètent immédiatement le procès-verbal pré-imprimé de notification afin d'enchaîner le plus rapidement possible sur l'interrogatoire<sup>206</sup>. En enquête préliminaire, la notification des droits peut se trouver décaler au milieu de la procédure en raison de la rétroactivité de la mesure de garde à vue, néanmoins elle reste tout aussi brève dans sa manifestation verbale, et dans sa transposition papier.

L'égalité des armes au sein de la notification précède les atteintes au principe avec l'interrogatoire et suit son inexistence avec l'arrestation. Ainsi, elle apparaît comme le premier fragment des droits de la défense en matière de garde à vue.

L'examen des droits à travers les principes révèle d'autres fragments de défense disséminés tout au long de la garde à vue, mais il décèle également certaines lacunes en son cœur.

## 2 § L'interrogatoire

**254.** L'interrogatoire se présente comme le centre d'intérêt de la phase policière, et plus généralement comme le centre de gravité de toute la procédure pénale, en raison des enjeux décisifs qu'il renferme. Il est stratégique pour l'accusation, crucial pour la défense et déterminant pour la procédure puisque son orientation dépend généralement de son issue. Son poids considérable et son influence croissante sur la direction des poursuites ont poussé le

---

<sup>204</sup> HODGSON, Jacqueline. RICH, Geneviève. *L'avocat et la garde à vue : expérience anglaise et réflexions sur la situation actuelle en France*. Rev. sc. crim. 1994, p.322.

<sup>205</sup> Cf. supra n°235 et s.

<sup>206</sup> D'après les policiers et les gendarmes le temps qui s'écoule entre l'arrestation et le premier interrogatoire est très variable selon l'infraction, le lieu et les investigations. Il varie entre vingt minutes et plusieurs heures. Quoi qu'il en soit, un élément de la procédure reste invariable, c'est la notification des droits. La notification verbale prend le temps de dicter les droits et de noter les choix du gardé à vue. Pour la notification écrite, le procès-verbal est pré-imprimé, il suffit de le compléter, de le faire lire et enfin de le signer.

législateur à considérablement renforcer les droits de la défense. Désormais, la personne est informée de ses droits, elle peut faire appel à un médecin, un avocat, un interprète, si elle ne comprend pas notre langue, ou encore prévenir un proche. La défense existe pendant la garde à vue, elle est libre d'exercer ou non ses prérogatives, mais entre deux auditions.

Les droits et les principes sont consignés à s'exécuter à l'extérieur de l'interrogatoire. En son sein, certains droits sont maintenus, mais la carence des principes les prive d'applications réelles et concrètes. Aussi, il est pour le moins paradoxal de constater que l'interrogatoire, événement stratégique, décisif et déterminant à la fois pour l'ensemble des parties, se prive d'exercer à l'intérieur, ce qu'il applique à l'extérieur : les droits de la défense<sup>207</sup>.

Il convient par conséquent de constater que le renforcement des droits par les principes s'exécute essentiellement en périphérie de l'interrogatoire (A) et non en son centre (B).

## A – Un renforcement en périphérie

**255.** L'accroissement des droits de la défense en dehors de la phase d'interrogatoire est indubitable même s'il n'est pas exempt de certaines critiques. La nature particulière du contradictoire révèle le rôle traditionnel de protection inhérent à l'avocat, à travers ses fonctions de contrôle, d'information et de conseil (1). En parallèle, les autres droits de la défense révèlent l'application réelle, mais trop ponctuelle d'un principe de l'égalité des armes (2).

### 1) Un contradictoire interne à la défense

**256.** Après la notification des droits, et entre les interrogatoires, l'intervention de l'avocat en garde à vue démontre une progression significative des droits de la défense, et il nous faut compter sur la présence d'un contradictoire manifestement particulier pour en garantir l'efficacité. Avant 1993, seuls les mineurs<sup>208</sup> placés en garde à vue bénéficiaient de l'intervention d'un avocat en raison de leur nature particulièrement vulnérable. Sous la pression de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>209</sup>, des recommandations du CPT<sup>210</sup>, des législations des autres États européens et d'une partie de la doctrine<sup>211</sup>, finalement une majorité de la classe politique a fini – non sans difficultés<sup>212</sup> – par

---

<sup>207</sup> MIEN, Dominique., BARRE, Jean-François. *Reste-t-il des droits de la défense en phase d'enquête ?* AJ pénal 2004, p.235.

<sup>208</sup> Art. 4 Ordonnance du 02 février 1945 sur l'enfance délinquante.

<sup>209</sup> CEDH du 24 novembre 1993, Aff. *Imbrioscia c/Suisse*, Série A, n°275, p.13, § 36 ; CEDH du 08 février 1996, Aff. *John Murray c/Royaume-Uni*, Série A, n°241, § 66 ; CEDH du 06 juin 2000, Aff. *Averill c/Royaume-Uni*, req. n°36408/97, § 60. V. GUINCHARD, Serge., BUISSON, Jacques. *Procédure pénale*. Éd. Litec, 2005, pp.371-372.

<sup>210</sup> Rapport du 27 octobre au 8 novembre 1991 au Gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) en France, § 42. CPT/Inf (93) 2.

Disponible sur : <http://www.cpt.coe.int/documents/fra/1993-02-inf-fra-1.htm#II.A.3> [consulté le 08/07/2007]

<sup>211</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. *Rapport sur la mise en état des affaires pénales*. Commission justice pénale et droit de l'homme, La Documentation française, 1991 ; TRUCHE, Pierre. *Rapport de la commission de réflexion sur la justice*. La Documentation française, 1997.

reconnaître légalement une légitimité à la présence d'un défenseur auprès de l'accusé en garde à vue. Aujourd'hui, conformément à l'article 6 § 3 c) de la Convention européenne des droits de l'homme, l'article 63-4 du Code de procédure pénale précise que dès le début de la mesure, la personne peut demander à s'entretenir avec un conseil. Même si la Cour de cassation<sup>213</sup> considère qu'il pèse sur l'enquêteur une simple obligation de moyen et non de résultat vis-à-vis de son intervention, y compris pour les mineurs<sup>214</sup>, la jurisprudence européenne se montre au contraire très pragmatique et concrète<sup>215</sup>. En outre, notre législateur a mis en place de nombreuses dispositions pour garantir sa présence.

La notification verbale puis écrite des droits sous peine de nullité constitue un premier garde-fou efficace dans l'information. Le droit, sa notification, et les différentes diligences mises en œuvre par l'enquêteur pour contacter l'avocat choisi ou désigné figure également sur le procès-verbal, lu et contre signé par l'intéressé. Ensuite, l'ensemble du Barreau a procédé à des réformes structurelles, des évolutions fonctionnelles et des efforts financiers conséquents afin de se donner les moyens de traiter, en temps réel, les demandes d'assistance en garde à vue<sup>216</sup>. En effet, l'arrivée de l'avocat dès la première heure – et non plus à partir de la vingtième heure – constituait simultanément une avancée significative des droits de la défense et une crainte<sup>217</sup> considérable de ne pouvoir les mettre en œuvre. La création de structures souples, l'organisation de permanences pénales – généralement supportées par les jeunes avocats – à l'image des « *duty solicitor scheme* » au Royaume-Uni ou de notre STD, associé aux moyens de communication moderne, ont permis de faire face aux demandes d'assistance. Enfin, si le Barreau appelait de ses vœux la présence effective de l'avocat en garde à vue, il ne souhaitait pas cependant en assumer seul la responsabilité financière. Par conséquent, il se trouvait dans une situation particulièrement inextricable et inconfortable<sup>218</sup>. Dans les autres États européens qui avaient depuis longtemps consacré la présence de l'avocat en garde à vue, sa rémunération était prescrite au titre de l'aide juridictionnelle comme en Angleterre, en Espagne, au Pays-Bas ou garanti par un système de financement spécifique comme en Allemagne ou en Suède<sup>219</sup>. Les enjeux étaient importants pour le Barreau, pour l'institution judiciaire et surtout pour les justiciables de la société civile. Du financement dépendait

<sup>212</sup> Rapport LAZERGES de l'Assemblée nationale, n°1468, 2000, p.142-150 ; Compte rendu intégral, AN, 1<sup>ère</sup> séance du 24 mars 1999, p.2780 ; Sénat, Séance du 15 juin 1999, p.10 ; Sénat, Séance du 16 juin 1999, p.12.

<sup>213</sup> Cass. crim. 13 février 1996, Bull. crim. n°73, Procédures 1996, comm. 230, obs. Buisson.

<sup>214</sup> Cass. crim. 17 mai 2000, Juris-Data n°002681.

<sup>215</sup> CEDH du 03 juin 2003, Aff. *Pantea c/Roumanie*, req. n°33343/96 ; CEDH du 20 avril 2004, Aff. *Mamaçet autres c/Turquie*, req. n°29486/95 ;

Disponible sur : <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr> [consulté le 08/07/2007]

<sup>216</sup> « Selon une étude par le Conseil national des Barreaux, il ressort que sur 120 Barreaux ayant répondu à un questionnaire relatif à la garde à vue sur les 181 Barreaux français, tous sans exception organisent une permanence, et à l'exception d'un seul, cette permanence fonctionne vingt-quatre heures sur vingt-quatre et sept jours sur sept. Dans un peu plus de la moitié des cas sur la base du volontariat, mais vingt-trois Barreaux seulement organisent une formation à cette mission ». DANET, Jean. op. cit. p.156.

<sup>217</sup> En 1996, 24 824 des 61 735 personnes gardées à vue plus de vingt-quatre heures ont pu s'entretenir avec un avocat, soit 40,6 %. Au cours des travaux parlementaires, le rapport du Sénat n°419 établi par C. Jolibois estimait en ce qui concerne les moyens humains, qu'environ seulement 60 % des demandes d'entretien avec un avocat étaient satisfaites. En outre, il a estimé le coût financier de cette intervention à 55 841 000 Frs. In Rapport du Sénat n°419 par C. Jolibois, annexe au procès-verbal de la séance du 10 juin 1999 sur le projet de loi sur la présomption d'innocence.

Disponible sur : <http://www.senat.fr/rap/198-419/198-419.html> [consulté le 08/07/2007]

<sup>218</sup> D'un côté, le Barreau défendait le projet de loi qui consacrait l'assistance du gardé à vue, et de l'autre côté, il pouvait en être le "fossoyeur" puisqu'il refusait d'en assurer la pérennité *pro bono*.

<sup>219</sup> Les Documents de travail du Sénat, série législation comparée, L'aide juridique. Juillet 2004. n°LC 137.

Disponible sur : <http://www.senat.fr/elc.html> [consulté le 08/07/2007]

entièrement la présence de l'avocat. Aussi, le législateur débloqua-t-il des crédits<sup>220</sup>. La loi du 24 août 1993 mit en place un circuit financier contigu au Bureau de l'aide juridictionnelle<sup>221</sup>, plus rapide dans les délais de paiement et simple dans les formalités afin de satisfaire aux exigences de célérité dans les faits, le droit à l'avocat prescrit dans la règle de droit. En 2004, sur les 472 064 mesures de garde à vue prises par les services d'enquête, 179 576 personnes gardées à vue ont bénéficié d'un avocat au titre de l'aide juridictionnelle, soit 38 % de la cohorte<sup>222</sup>, auxquels il faut ajouter les avocats librement choisis. Les praticiens s'accordent à dire qu'un peu plus de la moitié des gardés à vue bénéficie d'un conseil durant la phase policière.

**257.** Maintenant que sa présence est garantie et effective, il convient de s'intéresser aux conditions dans lesquelles se déroule l'entretien avant de s'interroger sur la nature particulière du contradictoire en garde à vue.

Sur le lieu de l'entretien, la loi ne le définit pas rigoureusement pour des raisons pragmatiques<sup>223</sup>, cependant elle précise que l'avocat peut communiquer avec l'intéressé « dans des conditions qui garantissent la confidentialité de l'entretien ». Le caractère confidentiel de la discussion est primordial. Il conditionne à lui seul, avec l'obligation au secret professionnel de l'avocat, la liberté de parole. Ces garanties influent favorablement sur la qualité du débat.

Le moment de l'entretien avec le conseil a également son importance. La nature de l'information, l'orientation de la discussion, les buts de l'entrevue ne sont plus les mêmes en début ou en fin de garde à vue, après un ou plusieurs interrogatoires. En outre, si l'on considère la disparition du droit au silence dans la notification des droits du gardé à vue<sup>224</sup> et les probables pressions psychologiques inhérentes à la mise en œuvre de la CRPC<sup>225</sup>,

---

<sup>220</sup> Aujourd'hui, la rémunération de la prestation de l'avocat en garde à vue s'élève à 61 euros, auxquels on ajoute 31 euros s'il intervient de nuit, et 23 euros s'il intervient hors agglomération. Ces nouveaux barèmes font suite à un mouvement de grève important des avocats durant l'automne 2000. Un protocole d'accord a été signé le 18 décembre 2000 afin de réévaluer la rémunération des avocats au titre de l'aide juridictionnelle. Cf. Rapport de la Commission Bouchet sur la réforme de l'accès au droit et à la justice du 10 mai 2001 ; Projet loi de finance pour 2004, justice, services généraux, annexe au procès-verbal de la séance du 20 novembre 2003, n°78.

Disponible sur : <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/014000368/0000.pdf> [consulté le 08/07/2007]

Disponible sur : [http://www.cnb.avocat.fr/PDF/2001-12-08\\_rapport\\_n5\\_acces\\_droit.pdf](http://www.cnb.avocat.fr/PDF/2001-12-08_rapport_n5_acces_droit.pdf) [consulté le 08/07/2007]

Disponible sur : [http://www.senat.fr/rap/a03-078-4/a03-078-4\\_mono.html](http://www.senat.fr/rap/a03-078-4/a03-078-4_mono.html) [consulté le 08/07/2007]

<sup>221</sup> La Chancellerie verse régulièrement des fonds auprès de l'Ordre des avocats, à charge pour lui de redistribuer les crédits en fonction des prestations de chacun. En 2000, le montant des règlements effectués par les CARPA s'est élevé à 2,13 millions de francs. Le fonctionnement est le même pour la garde à vue comme pour le prétoire (Cf. supra n°148) ; l'OPJ responsable de la mesure ou le directeur de la prison établit une attestation de fin de mission qu'il délivre à l'avocat afin de prouver à l'organisme payeur son intervention.

<sup>222</sup> Statistiques du Ministère de l'Intérieur : Crimes et délits constatés en France en 2005, tome 2, La Documentation française, p.9 ; V. Tableau n°7 des chiffres clés sur l'aide juridictionnelle du CNB, 2005, p.4.

Disponible sur : <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/064000354/0000.pdf> [consulté le 08/07/2007]

Disponible sur : [http://www.cnb.avocat.fr/lettre\\_conseil/LDC-03-2006/chiffres-cles\\_AJ.pdf](http://www.cnb.avocat.fr/lettre_conseil/LDC-03-2006/chiffres-cles_AJ.pdf) [consulté le 08/07/2007]

<sup>223</sup> Il était irréaliste de construire, d'attribuer péremptoirement ou de financer un quelconque lieu spécifique à l'entretien entre l'avocat et son client. Aussi, en pratique, le plus important étant de garantir la confidentialité de la discussion, les OPJ ont mis à leur disposition une salle de repos, une salle d'attente voir leurs propres bureaux en fonction de leurs besoins. Cette solution a l'avantage d'être très pragmatique, souple et de ne pas mobiliser les crédits octroyer au Ministère de l'Intérieur et à celui des armées.

<sup>224</sup> Cf. infra.

<sup>225</sup> Comme avec la composition pénale, il existe un risque de « voir des OPJ laisser espérer à un gardé à vue qu'une reconnaissance des faits lui vaudrait un traitement de faveur sous la forme d'une CRPC plus discrète, plus rapide, aux risques limités et connus à l'avance, outre la fin immédiate de la garde à vue. Un tel marchandage est totalement contraire à l'esprit du texte. Mais seules les mises en garde des avocats durant les entretiens en première heure peuvent éviter un tel détournement ». DANET, Jean. *Défendre. Pour une défense*



l'entretien avec un avocat à la première heure de garde à vue devient un enjeu fondamental pour la défense. Depuis la loi du 15 juin 2000, il peut se dérouler à n'importe quel instant, dans les limites de la garde à vue, nonobstant les délais d'intervention spécifiques pour les régimes dérogatoires<sup>226</sup>. De nombreuses variables indépendantes des acteurs font que le moment de l'entretien est très fluctuant. Il dépend de l'heure à laquelle commence la garde à vue, du délai écoulé pour notifier les droits, de la célérité mise en œuvre par les OPJ pour effectuer les diligences indispensables à son intervention, du nombre d'avocats d'astreinte, du nombre de gardés à vue qui demande concomitamment un avocat, du lieu de la mesure et du temps nécessaire pour s'y rendre<sup>227</sup>. Par conséquent, le moment de l'entretien varie considérablement dans les limites de la garde à vue. Par ailleurs, cet état de fait fournit une explication – et non une légitimation – à l'absence parfois fort regrettable de l'avocat alors qu'une demande avait été parfaitement diligentée.

**258.** La nature du contradictoire est spéciale en ce sens qu'elle n'oppose pas deux parties adverses, deux thèses argumentatives divergentes dans le but de parvenir à la vérité, mais deux partenaires, le gardé à vue et son conseil, afin de discuter et d'organiser une "pré-défense"<sup>228</sup>. En conséquence, elle s'apparente davantage à une consultation juridique, qu'à une confrontation judiciaire. Tous les aspects "hostiles et agressifs" inhérents au rapport de force du contradictoire s'effacent au profit d'une entente cordiale, d'une collaboration bipartite. Il ressort de cette mutation systémique, l'exercice d'un contradictoire étroitement lié au rôle de l'avocat et limité par les atteintes au principe de l'égalité des armes<sup>229</sup>.

Dans la double limite de fond – que constitue la non communication des pièces du dossier – et de forme – qui circonscrit l'entretien à trente minutes de discussion –, l'avocat vérifie les conditions de détention, il informe la personne interrogée de ses droits, et il discute de la procédure. Cette contingence duale restreint considérablement les apports potentiels de l'avocat. Certains considèrent son intervention comme une avancée purement symbolique<sup>230</sup>. Néanmoins son intervention permet de contrôler les conditions légales et matérielles de la garde à vue. À titre d'illustration, il examinera si la notion d'auteur présumé de l'infraction est correctement observée dans les faits afin d'écartier de la mesure un éventuel témoin. Par ailleurs, il est un garde-fou essentiel contre les violences physiques policières, au même rang que le médecin. Il s'informe auprès du gardé à vue des circonstances de l'arrestation, des conditions générales de détention et du déroulement des interrogatoires. Il s'assure que la

*pénale critique*. Coll. Regards sur la justice, 2<sup>nd</sup> Éd. Dalloz 2004, p.224-225. Les risques de dérives sont confirmés par la circulaire d'application. Cf. Circ. du 02 septembre 2004, BOMJ n°95, § 2.2.1.1 « *Préalablement [au défèrement], le magistrat du parquet demande aux enquêteurs d'informer la personne qui se trouve à leur disposition qu'il envisage de recourir à une CRPC, le cas échéant en leur indiquant la nature des peines qu'il envisage de proposer, afin de vérifier si l'intéressé est susceptible d'accepter cette procédure* ».

<sup>226</sup> Cf. infra n°468 et s.

<sup>227</sup> Pour parfaitement apprécier les contraintes pratiques à leurs justes valeurs, il est important de prendre en considération la dissémination des locaux de garde à vue. En 2001, on dénombrait 4400 lieux de garde à vue en France. V. Rapport de l'Assemblée nationale n°3539 par J. Dray du 16 janvier 2002, sur l'évaluation de l'application et des conséquences sur le déroulement des procédures diligentées par les services de police et de gendarmerie des dispositions de la loi du 15 juin 2000, p.32.

Disponible sur : <http://www.assemblee-nationale.fr/11/rapports/r3539.asp> [consulté le 08/07/2007]

<sup>228</sup> LEROY, Jean. *La garde à vue*. Art. 53 à 73 CPP. J. Cl., Procédure pénale, 2003, n°166.

<sup>229</sup> Cf. infra n°259 et s.

<sup>230</sup> « *Quel est l'intérêt de la présence d'un avocat qui n'a pas accès au dossier de celui dont il est censé assurer la défense ?* » Compte rendu intégral, AN, 1<sup>ère</sup> séance du 24 mars 1999, p.2770 ; Le rapport lui confère « *un rôle d'assistance psychologique* » TRUCHE, Pierre. op. cit. p.58 ; Un autre auteur parle de geste humanitaire. DAMIEN, A. Note sous Versailles, 23 novembre 1994, Gaz. Pal. du 13 et 14 janvier 1995 ; VUILLEMIN-GONZALES, Carole. *La protection de la liberté pendant la phase préparatoire*. Rev. pénit. Avril 2001, p.119.

mesure se déroule dans des conditions préservant la dignité de l'homme. Et dans l'hypothèse d'exactions physiques ou de voies de fait, la loi lui confère la possibilité de présenter des observations écrites jointes à la procédure susceptibles d'entraîner des nullités<sup>231</sup>. En outre, l'enquêteur doit en référer immédiatement au procureur de la République. Par conséquent, l'avocat vérifie si les garanties procédurales et les prescriptions légales sont respectées.

Ensuite, son rôle consiste à rappeler et contrôler les droits de la défense. *A priori*, sa présence démontre indubitablement l'exécution de son droit à un avocat, et tend à rendre superfétatoire tout rappel d'information. Néanmoins, il lui appartient de s'en assurer parce que nul n'est à l'abri, ni d'un oubli involontaire de la part de l'enquêteur, ni d'une lacune légale intentionnelle. En effet, depuis l'abrogation de la notification du droit au silence par la loi du 18 mars 2003<sup>232</sup>, le gardé à vue n'est plus informé de ce droit par l'OPJ<sup>233</sup>. Le droit au silence et celui de ne pas s'auto-incriminer, inscrit dans notre droit positif<sup>234</sup>, reconnu par la jurisprudence européenne<sup>235</sup>, constitue l'exemple topique de l'inanité d'un droit de la défense lorsqu'il est privé du principe du contradictoire pour en garantir l'efficacité. En l'espèce, le contradictoire, à l'instigation de l'avocat, permet de suppléer cette carence légale intentionnelle. Il permet notamment d'informer la personne des conséquences de son silence<sup>236</sup>. Seulement tous les gardés à vue ne bénéficient pas de cette contradiction. Par ailleurs, ce bref recensement d'informations sur les droits auprès de l'intéressé permet à l'avocat de s'assurer de leur bonne compréhension et éventuellement de leur exécution. Il en garantit l'application.

Enfin, l'avocat représente un allié avec lequel l'intéressé discute de la réalité ou non de l'infraction, des circonstances qui l'entourent, des conséquences juridiques, des éléments révélés au cours des interrogatoires<sup>237</sup>. Il symbolise également une pause psychologique, un réconfort moral non négligeable. Si la loi précise que l'avocat peut intervenir dès la première heure de garde à vue, en pratique, il arrive généralement entre deux auditions. La personne a déjà été interrogée par les enquêteurs, lorsqu'elle rencontre son conseil. Les stigmates psychologiques des mécanismes de l'interrogatoire<sup>238</sup> se lisent parfaitement sur le visage et dans le comportement de la personne. L'arrivée du conseil est vécue par cette dernière comme une pause salutaire aux pressions psychologiques alors que les enquêteurs se plaignent au contraire de l'exécution fragmentée des droits de la défense. Selon eux, ils ont tendance à altérer les bénéfices escomptés de l'interrogatoire.

En outre, le rôle de l'avocat est de conseiller son client au mieux de ses intérêts. Or il lui est difficile de remplir cette mission sans aucune connaissance du dossier. Il n'a pas accès aux

---

<sup>231</sup> Art. 63-4 al.4 C. pr. pén.

<sup>232</sup> Art. 19 de la Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003. La question du droit de se taire suscite en France un vif débat dont témoigne la fréquence des réformes législatives. Depuis 1993, pas moins de 5 lois en dix ans. Cf. **VOLO**, Patricia. *Le silencieux droit au silence*. PA du 19 juillet 1993, n°86, p.17 ; **BULLIER**, Antoine J., **PANSIER**, Frédéric-Jérôme. *De la religion de l'aveu au droit du silence ou faut-il introduire en France le droit au silence des pays de Common Law ?* Gaz. Pal. du 8 février 1997, p.208 ; **KUTY**, Franklin. *L'étendue du droit au silence en procédure pénale*. RD pén. crim. 2000, p.309.

<sup>233</sup> En pratique, il semblerait que certains policiers et gendarmes continuent d'y procéder, soit par habitude, soit parce qu'ils ne sont pas parfaitement au fait des nombreuses réformes.

<sup>234</sup> **SAINT-PIERRE**, François. *Le guide de la défense pénale*. 3<sup>e</sup> Éd. Dalloz, 2004, pp.226-231.

<sup>235</sup> CEDH du 25 février 1993, arrêt *Funke c/France*, Série A, n°256A, § 41-44. Cf. supra n°246.

<sup>236</sup> CEDH du 08 octobre 2002, Aff. *Beckles c/Royaume-Uni*, req. n°44652/98. À l'unanimité, les juges européens ont condamné l'État anglais au motif que le juge aurait dû rappeler aux jurés qu'ils ne doivent pas tirer de conséquences négatives du silence gardé par le requérant lors de son interrogatoire par la police.

<sup>237</sup> **DANET**, Jean. *Défendre. Pour une défense pénale critique*. Coll. Regards sur la justice, 2<sup>nd</sup> Éd. Dalloz 2004, p.44.

<sup>238</sup> Cf. infra n°263 et s.

procès-verbaux des déclarations du suspect et ne peut assister aux interrogatoires. Les différents Ordre des avocats<sup>239</sup> estiment qu'il est difficile de vérifier les conditions réelles de la mesure sans l'accès aux premiers éléments du dossier, au registre de la garde à vue. L'OPJ n'a pas à l'informer des résultats des investigations déjà entreprises. Il le renseigne uniquement sur l'intitulé légal des charges. La comparaison entre le contradictoire interne à la défense et le contradictoire interne à l'accusation – qui réunit par téléphone l'enquêteur et un représentant du ministère public – nous enseigne que le premier souffre d'une carence de contradictoire, alors que le second est victime d'une dénaturation de son contradictoire qui consiste à rapporter en substance les dires de la personne interpellée<sup>240</sup>. Les seules informations liées à la procédure dont l'avocat a connaissance, lui sont directement transmises par l'intéressé. Aussi, il appréhende et conseille son client selon une vision forcément partielle et subjective de l'affaire<sup>241</sup>. Le déficit ostensible de contradictoire et d'égalité des armes en ce qui concerne la communication du dossier pénal réduit et contingente considérablement le rôle de l'avocat.

Le rôle limité de l'avocat en garde à vue est directement lié à la nature particulière du contradictoire et issue d'atteintes au principe de l'égalité des armes.

## 2) Une égalité des armes ponctuelle

**259.** L'exécution successive et fragmentée des droits de la défense au cours de la garde à vue correspond à de brèves périodes de respect du principe de l'égalité des armes. Entre les auditions, le gardé à vue peut prévenir un membre de sa famille, faire appel à un médecin et s'entretenir avec son avocat. Le respect du principe de l'égalité des armes est-il préservé uniquement en dehors de la présence de l'enquêteur ? Il est en effet équivoque de constater que les seuls instants de respect du principe pendant une garde à vue correspondent à ses absences. Pour autant, cet état de fait ne constitue nullement une garantie d'égalité des armes. Durant l'entretien entre l'intéressé et son conseil, les OPJ sont exclus de la discussion. Or, force est de constater une atteinte substantielle au principe : l'absence d'accès à la procédure. Non seulement elle place la défense dans une position de net désavantage par rapport à l'accusation qui possède toute latitude pour consulter les pièces du dossier, mais au surplus, ce déséquilibre patent s'étend inexorablement au principe du contradictoire, qui fausse à son tour l'exercice des droits de la défense<sup>242</sup>. Une partie de la doctrine considère en substance à ce propos que « *les droits de la défense en Europe sont inégalement développés et*

<sup>239</sup> In *La Conférence des Bâtonniers et la réforme de procédure pénale*. PA du 19 mars 1993, n°34, PA du 03 mai 1993, n°53. Cette revendication est restée lettre morte malgré les nombreuses sollicitations de la part du Barreau français.

<sup>240</sup> Lors du contact téléphonique entre l'enquêteur et le magistrat du parquet, ce dernier s'informe des avancées de la procédure, des investigations et des déclarations du prévenu. En pratique, il se contente généralement de savoir s'il reconnaît ou non les faits reprochés. L'OPJ ne lui fait pas une lecture littérale de ces déclarations. En conséquence, le contradictoire ne connaît pas de lacune ni d'atteinte du principe de l'égalité des armes puisqu'ils ont accès à toutes les informations, cependant, on doit considérer qu'il est altéré dans le sens où les dires de la défense sont synthétisés et transmis par un canal partisan.

<sup>241</sup> Depuis son arrivée en garde à vue, l'avocat a su se faire accepter auprès des forces de police et de gendarmerie en tant qu'auxiliaire de justice et défenseur des droits de l'accusé. Certains avocats spécialisés dans le pénal d'urgence, régulièrement présents dans les commissariats, discutent fréquemment avec les enquêteurs de l'affaire qui les rassemble. Ainsi, ils obtiennent parfois quelques éléments de la version policière des faits. Mais tout ces faux contradictoires officieux restent minoritaires.

<sup>242</sup> Cf. supra.

surtout le plus souvent moins qu'on ne l'imagine en France »<sup>243</sup>. Il est difficile de partager cette conception des droits de la défense en général, et tout particulièrement en ce qui concerne la consultation du dossier pénal. Certes, comme le rappelle l'auteur précité, ni l'Angleterre, ni l'Italie – pays choisis à dessein parce que le système pénal de nature accusatoire est censé représenter le modèle le plus libéral – n'autorisent à la défense, un accès à la procédure, cependant l'avocat est présent aux côtés de son client pendant les interrogatoires<sup>244</sup>. Au Royaume-Uni, selon la section 58 de la loi "*Police and Criminal Evidence Act*" de 1984, l'avocat est averti dès le début de la garde à vue. Il peut s'entretenir en privé avec son client sans limite de temps formelle, et il assiste aux interrogatoires. En Italie, sur le fondement de l'article 64 du Code de procédure pénale, la personne arrêtée peut demander à être assistée d'un conseil pendant les interrogatoires devant le ministère public. De même, en Espagne<sup>245</sup>, si la défense n'a pas accès à la procédure, l'article 520-2 c) du Code de procédure pénale prescrit l'intervention de l'avocat durant toute la mesure.

À l'opposé, en Allemagne et aux Pays-Bas, la défense peut consulter le dossier pénal après l'autorisation express du ministère public<sup>246</sup>. Certes, les législations européennes sont partagées sur l'accès au dossier comme sur l'intervention de l'avocat en garde à vue ; néanmoins, elles se rejoignent dans ce choix alternatif. Or la France est encore loin d'avoir effectué un choix. Elle prive la défense de tout accès au dossier et elle n'autorise pas la présence de l'avocat durant les interrogatoires. Dans les autres États européens, l'accès au dossier compense l'absence de l'avocat, et inversement. Dans notre droit positif, l'arrivée de l'avocat en garde à vue marque un progrès, seulement notre législateur s'est arrêté à mi-chemin en contingentant son domaine, son lieu et son temps d'intervention. La présence ponctuelle de l'avocat en garde à vue est insuffisante pour compenser l'atteinte au principe de l'égalité des armes manifestée par la non consultation du dossier pénal.

**260.** Il est relativement difficile de caractériser l'égalité des armes dans l'exercice des droits de la défense autrement qu'en usant de l'inégalité des armes patente de l'interrogatoire comme point de référence. En garde à vue, les atteintes au principe constituent le "maître étalon" de tout interrogatoire, et son respect reste l'exception concédée aux droits de la défense. Le rapport de force nettement défavorable à la défense pendant l'interrogatoire s'inverse lorsqu'elle exerce ses droits. Cette vision manichéiste du principe s'explique d'une part avec la disparition du principal instigateur à l'origine des atteintes, et d'autre part avec l'attribution de droits pour lesquels le gardé à vue devient un acteur actif, et insoumis à une quelconque pression psychologique ou à un quelconque lien de subordination. L'égalité des armes est concomitante à l'exercice des droits et participe à leur effectivité. Toutefois, nous devons relativiser ce progrès au visa du caractère éphémère du principe. En pratique, le décompte des droits est généralement circonscrit dans une heure de temps, soit quelques

---

<sup>243</sup> **PRADEL**, Jean. *Droit pénal comparé*. Dalloz, 1995, n°303 ; *Les atteintes à la liberté avant jugement en droit pénal comparé*. (dir.) **PRADEL**, Jean. Travaux de l'institut de sciences criminelles de Poitiers, Cujas, 1992, Vol. 11 ; *Centenaire de la loi du 8 décembre 1897 sur la défense avant jugement pénal : essai d'un bilan*. D. 1997, chron. p.375.

<sup>244</sup> **HODGSON**, Jacqueline. **RICH**, Geneviève. *L'avocat et la garde à vue : expérience anglaise et réflexions sur la situation actuelle en France*. Rev. sc. crim. 1994, pp.320-321.

<sup>245</sup> **ARMAGNAC**, Henri., **BLUCHE**, Olivier., **CHABERT**, Benoît., et al. *Le système espagnol de la garde à vue*. Gaz. Pal. du 23 avril 1994, pp.492-493.

<sup>246</sup> L'avocat peut voir le dossier, sauf si le magistrat du parquet ou le juge d'instruction, empêche cette communication dans l'intérêt de la préservation des preuves (art. 30 et 50 c. pr. pén. Néerlandais). En Allemagne, le défenseur a accès à la procédure qu'avec l'accord du ministère public (§147 du St PO).

minutes pour prévenir un membre de la famille, vingt minutes en moyenne pour se faire examiner par un médecin<sup>247</sup> et trente minutes d'entretien avec un avocat.

**261.** L'ensemble des autres États européens reconnaissent également ces droits selon des modalités parfois différentes, mais l'exercice du principe sous-tend toujours les droits. Dans le cadre de l'article 63-2 du Code de procédure pénale, il s'agit de prévenir par téléphone un membre de la famille du gardé à vue que ce dernier fait l'objet d'une arrestation. Cette information est importante pour les proches parce qu'elle renseigne sur les motifs de son absence. Mais elle peut se révéler fort préjudiciable pour l'enquête<sup>248</sup>. Si l'OPJ estime que l'information est susceptible de nuire au bon déroulement de la procédure, il en fait part immédiatement au magistrat de permanence afin qu'il décide de l'opportunité de faire droit ou non à la demande du gardé à vue. En outre, pour préserver l'utilité de l'enquête, le législateur précise qu'il appartient à l'OPJ de prévenir le proche par téléphone<sup>249</sup>, et non directement au gardé à vue, comme le droit anglais et allemand l'autorise<sup>250</sup>. L'exercice du principe de l'égalité des armes conditionne une application raisonnée et proportionnée des droits. Il est souvent appelé au soutien de la défense pour contester des positions nettement à son désavantage, mais l'inverse est également possible. Il est suffisamment singulier pour le signaler, en l'espèce : le principe de l'égalité des armes protège la pertinence de l'enquête en conditionnant l'exercice du droit d'alerte. Une application absolue de ce droit nuirait certainement au bon déroulement de l'enquête.

En revanche, le caractère absolu du droit à un examen médical coupe court à son analyse au visa du principe. Le recours à un examen médical à la demande de l'intéressé, de l'OPJ ou du ministère public s'exécute de plein droit, sans que cela constitue une quelconque atteinte au gardé à vue, ni une menace pour l'enquête. Son principal objet est d'établir si l'état de santé de la personne arrêtée<sup>251</sup> est compatible avec les contraintes de la garde à vue. Accessoirement, il contrôle l'état physique de l'individu. Il délivre un certificat médical versé au dossier<sup>252</sup>. Au même titre que l'avocat, le médecin s'apparente à un garde-fou contre les violences policières.

**262.** En ce qui concerne le droit à un avocat, l'examen du principe révèle un système complexe inextricablement lié au principe du contradictoire<sup>253</sup>. L'entrée de l'avocat dans la garde à vue est incontestablement un progrès des droits de la défense, un rétablissement ponctuel de l'égalité des armes qui met fin à l'isolement de la personne arrêtée, seulement « *après la vingtième heure* » en 1993, puis « *dès son commencement* » en 2000. La venue d'un défenseur bouleverse le rapport de force en faveur d'un meilleur équilibre entre les parties en présence. Pour la première fois, le gardé à vue a accès à un défenseur – à défaut d'une pré-défense –, il bénéficie des conseils avisés d'un professionnel du droit et d'un soutien psychologique. Seulement les prescriptions formelles qui gouvernent la garde à vue,

<sup>247</sup> À Paris, tous les gardés à vue sont examinés à l'Hôtel-Dieu par les urgences médico-judiciaires (UMJ). Temps de transport et temps d'attente aux UMJ durent en moyenne 2 à 3 heures. V. op. cit. Rapport DRAY, du 19 décembre 2001, pp.18-19.

<sup>248</sup> Le plus grand risque dans l'application du droit d'alerte est de prévenir d'éventuels complices et faciliter ainsi leurs fuites et la destruction de preuves compromettantes.

<sup>249</sup> Art. C.63-2 Circ. Générale du 1<sup>er</sup> mars 1993.

<sup>250</sup> Rapport de l'Assemblée nationale n°2932 par M. Pezet du 02 octobre 1992 sur le projet de loi portant réforme de la procédure pénale, t. II, annexe, p.184 ; MATSOPOULOU, Haritini. op. cit. n°837, p.680.

<sup>251</sup> V. DANET, Jean. *La notion d'état de santé et la détention en Europe*. Rev. sc. crim. 1996, p.67.

<sup>252</sup> Art. 63-3 du C. pr. pén. et C.63-3 Circ. Générale du 1<sup>er</sup> mars 1993.

<sup>253</sup> Cf. supra n°256 et s.

subordonnent également l'exercice des droits et des principes à une relation inter-défense, et non à une confrontation défense-accusation, strictement réservée à la phase d'interrogation. La nature même de la relation est directement à l'origine de ses fonctions limitées et momentanées. Les droits de la défense connaissent à s'appliquer dans une sphère d'influence de moindre importance en comparaison de l'interrogatoire. L'égalité des armes se révèle d'une moindre utilité en dehors des relations conflictuelles. Il ne faut pas oublier que son but est avant tout de limiter l'intensité des inégalités à des fins idéales d'équilibre et d'égalité. Nonobstant les interrogatoires, où le principe connaîtrait à la fois toute légitimité à s'appliquer et toutes les difficultés à s'exprimer, eu égard aux résistances policières pour conserver l'efficacité de l'enquête, il reste d'une utilité accessoire et d'une force symbolique. L'exercice de droits garantis par les principes tranche définitivement avec les carences défensives de l'interrogatoire.

## B – Une lacune en son centre

**263.** Le choix d'analyse systémique de notre triptyque se justifie pour établir les progrès réalisés par les droits de la défense sous la garantie de l'exercice des principes du contradictoire et de l'égalité des armes. La mise en œuvre de ces schèmes laisse apparaître un réseau complexe d'interactivité dans lequel, on a démontré que le degré d'intensité des principes agit sur la force des droits. Mais contrairement à la méthode analytique qui y verrait une simple connexion de cause à effet, le modèle systémique permet d'appréhender une réalité plus diversifiée. En effet, en matière d'interrogatoire, là où l'examen analytique aurait simplement conclu à un défaut d'objet, elle permet d'expliquer – non de légitimer – la déficience des droits en relation avec la nature des principes : une inégalité des armes intentionnelle (1) et un contradictoire dénaturé (2).

### 1) Une inégalité des armes intentionnelle

**264.** L'interrogatoire de garde à vue met en œuvre une inégalité des armes intentionnelle. En général, l'atteinte au principe peut avoir pour origine un manquement structurel involontaire, un dysfonctionnement fonctionnel inattendu. En l'espèce, l'inégalité des armes est intentionnelle. Elle est préméditée, organisée et dirigée par et pour l'accusation afin de placer la personne interrogée dans une position d'infériorité, de subordonné, pour mieux la déstabiliser psychologiquement, ne pas lui laisser le temps de réfléchir, ni de préparer sa défense. Le but ultime étant d'obtenir des aveux<sup>254</sup>, quasiment tous les moyens sont à la disposition des enquêteurs – représentants de l'accusation – pour y parvenir dans les limites de la loi. Or, le législateur est complice par omission de cette volonté d'iniquité. Selon un vieil adage « *Qui peut et n'empêche, pêche* », non seulement les modalités d'interrogatoire ne sont pas strictement définies dans la loi<sup>255</sup>, à l'exception de sa durée<sup>256</sup>, mais lorsqu'il

---

<sup>254</sup> Selon Michel Foucault « *l'aveu est devenu en Occident, une des techniques les plus hautement valorisées pour produire le vrai* ». in *La volonté de savoir*, Paris, 1976, p.79. V. **DULONG**, Renaud. *L'Aveu. Histoire, sociologie, philosophie*. Éd. PUF, Coll. Droit et Justice, 2001 ; **ROUSSEL**, Gildas. *Rédaction et exploitation des procès-verbaux depuis la loi du 15 juin 2000*. Mémoire DEA, Éd. L'Harmattan, 2004, pp.9-11.

<sup>255</sup> **LEROY**, Jean. *La garde à vue*. Art. 53 à 73 CPP. J. Cl., Procédure pénale, 2003, n°90.

<sup>256</sup> Art. 64 C. pr. pén.

existe des textes, les prohibitions les plus essentielles – celles qui touchent à l'intégrité physique et mentale de la personne – ne sont pas toujours respectées<sup>257</sup>. Et malgré une reconnaissance difficilement plus explicite du principe de l'égalité des armes au visa de l'article préliminaire du Code de procédure pénale, en tant que principe directeur du procès, le législateur a, en toute connaissance de cause, omis de légiférer sur les modalités de son exercice en phase d'enquête. L'inégalité des armes qui en résulte se manifeste sous différentes formes, connaît diverses intensités et apparaît plus ou moins explicitement à travers la procédure.

**265.** Pour commencer, le cadre de l'interrogatoire conditionne le rapport de force en défaveur de la défense. Une personne interrogée dans le cadre d'une garde à vue est avant tout privée de sa liberté d'aller et venir, de ses repères quotidiens, de son environnement social, de ses proches, donc d'éléments d'équilibre et de stabilité psychologique. Elle est littéralement soustraite de la vie en société pour être isolée. Elle est contrainte, par la force si cela s'avère nécessaire, de suivre les diligences légalement octroyées aux OPJ. Elle est dessaisie de ses effets personnels pour des raisons de sécurité, mais également dans le but de l'inférioriser. Symboliquement, on lui retire tout ce qui fait d'elle ce qu'elle est. On la prive de son individualité. Le contrôle d'identité, les palpations de sécurité – et parfois la fouille au corps – participent insidieusement à ce mécanisme général d'abaissement.

D'après les rapports parlementaires et conventionnels<sup>258</sup>, les locaux de garde à vue sont généralement qualifiés de sombres, d'oppressants, d'exigus, de froids, d'inconfortables. Le lit reste des plus sommaires, des planches en bois ou une dalle de béton sans matelas, ni draps ni couvertures. On y déplore un manque d'hygiène manifeste. Le parallèle des conditions matérielles de la garde à vue avec le monde carcéral est saisissant.

Les salles d'audition connaissent un aménagement des plus spartiate, sans décoration, ni lumière. « *Le suspect doit se retrouver dans un lieu "nu", sans repères, sans chaleur, sans rien qui puisse le distraire, l'occuper, encore moins le rassurer. Il ne doit avoir pour interlocuteurs que l'enquêteur et sa conscience. La logique de la garde à vue est voisine de celle de l'enfermement. Ce cadre fermé, ces murs aveugles sont la traduction architecturale d'un interrogatoire hautement directif. Ils respirent la contrainte maximale* »<sup>259</sup>.

La médiocrité – quand ce n'est pas tout simplement l'absence – des repas, participe à l'affaiblissement physique de la personne, au même titre que les conditions matérielles

---

<sup>257</sup> Nous pensons aux actes de torture, de violence et autres traitements dégradants ou inhumains prohibés par les textes internationaux (l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'article 7 du Pacte de l'ONU sur les droits civils et politiques, et la Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants du Conseil de l'Europe) et nationaux (article 7 et 10 du Code de déontologie de la police). Malgré ces protections, les institutions européennes constatent encore aujourd'hui l'existence de dérives policières graves. CEDH du 10 novembre 2004, Aff. *RL and M-JD* c/France, req. n°44568/98 ; CEDH du 01 avril 2004, Aff. *Rivas* c/France, req. n°59584/00. Le rapport du CPT de 2001, précise : « *La délégation a été informée par des médecins attachés au service des Urgences Médico-Judiciaires de Paris — qui voient chaque mois jusqu'à 2000 gardés à vue - qu'actuellement environ 5 % des personnes détenues qu'ils examinent présentent des lésions traumatiques* ». CPT/inf (2001) 10, § 15.

Disponible sur : <http://www.echr.coe.int/> [consulté le 08/07/2007]

Disponible sur : [http://www.cpt.coe.int/documents/fra/2001-10-inf-fra.htm#\\_Toc519999112](http://www.cpt.coe.int/documents/fra/2001-10-inf-fra.htm#_Toc519999112) [consulté le 08/07/2007]

<sup>258</sup> Rapport du CPT de 2001, CPT/inf (2001) 10, § 23 et s. ; op. cit. Rapport TRUCHE, p.58 ; op. cit. Rapport DRAY, du 19 décembre 2001, pp.32-34. « *Les locaux ne répondent pas à des conditions de garde à vue décentes : insuffisance de cellules, sanitaires douteux, installations qui ne permettent pas de mettre en oeuvre le droit au repos prévu par la loi* ». Malgré des rénovations, « *le nombre de lieux de garde à vue (4400 emplacements) représente un obstacle durable à l'existence de locaux adaptés à une rétention respectueuse de la dignité des gardés à vue* ».

<sup>259</sup> CLEMENT, Sophie., PORTELLI, Serge. *L'interrogatoire*. SOFFIAC, 2001, p.23.

déplorables de détention corrompent, en pratique, le droit au repos<sup>260</sup>. L'impossibilité de prendre une douche, d'effectuer une toilette corporelle ou de changer de vêtements pendant vingt-quatre, quarante-huit, parfois soixante-douze, voir quatre-vingt-seize heures – dans les procédures d'exception – concourt à l'épuisement psychologique du gardé à vue. Il ne maîtrise ni l'espace ni le temps. Entre son arrestation et son audition, il ne lui est pas laissé de temps pour réfléchir ou préparer sa défense. Il est rare que l'avocat intervienne avant le premier interrogatoire. L'enquêteur maîtrise le temps de l'audition, il décide du début, de son terme, de sa durée et de sa fréquence. Le pouvoir du temps sur le gardé à vue est redoutable parce qu'aucune de ces variables n'est neutre. C'est la raison pour laquelle le législateur a prescrit d'inscrire dans les procès-verbaux les durées d'interrogatoires et de repos<sup>261</sup>.

Enfin, la personne interrogée est seule face à plusieurs enquêteurs. Dans la majorité des cas, elle est profane ; et ce sont des professionnels rompus aux méthodes d'interrogatoire. Elle est esseulée ; ils travaillent en équipe. Elle est privée d'autorité ; ils représentent l'ordre et la loi, ils incarnent l'autorité. Elle est sans connaissance du dossier et de la procédure ; ils en sont à l'origine et détiennent toutes les preuves suffisantes pour un placement en garde à vue. Toutefois, il faut reconnaître que l'inégalité des armes entre les personnes varie en fonction de la personnalité de l'interpellé. La culture, le niveau d'étude, la maîtrise de la langue, le statut social, la profession, les traits de caractères influent sur le degré de résistance, de combativité de l'individu dans un interrogatoire. Aussi, un enquêteur n'aborde pas de la même manière l'interrogatoire d'un primo-délinquant comme celui d'un multirécidiviste, il ne tient pas le même discours avec un mineur, et un majeur. Il adapte son pouvoir d'autorité en fonction de la personnalité du gardé à vue.

L'ensemble des éléments exogènes de l'interrogatoire prédisposent son contenu. Ils sont volontairement conditionnés en ce sens – à l'exception peut-être des conditions de détention –, ils oppressent, contraignent et déstabilisent intentionnellement la personne interrogée. Comme s'il existait un parallélisme de l'inégalité des armes, la forme est à l'image du fond, et réciproquement.

**266.** « *Interroger, c'est exercer un pouvoir* »<sup>262</sup>. Les enquêteurs dirigent et maîtrisent l'interrogatoire. La personne arrêtée le subit. Ils posent des questions ; elle y répond sans qu'elle puisse à son tour en poser. Ils conduisent les débats, orientent la discussion, imposent le rythme, la force, la durée des interventions, exercent la police de la parole, et recentrent discrétionnairement les explications. Ils sont actifs ; elle est passive. Ils jouissent d'une grande crédibilité de parole ; ces propos sont sans cesse remis en cause. Par nature, l'interrogatoire infériorise. Il place et maintient le gardé à vue dans une relation de subordination. La déstabilisation, l'affaiblissement physique et l'abaissement psychologique ne sont pas une fin en soi, elles sont instrumentalisées pour obtenir les aveux.

L'interrogatoire est un moyen de déconstruction efficace des défenses de la personne pour parvenir à un individu mis à nu. Le postulat de départ étant qu'une fois privé de ses défenses, il est plus à même de fournir une version des faits au plus près de la réalité, une version qui tend vers la vérité, but ultime et idéal de tout interrogatoire. Seulement ce moyen repose fondamentalement sur le traitement de la nature humaine, par essence relative. Par conséquent, il existe autant d'exemples qui justifient son emploi que de contre-exemples qui l'infirment.

---

<sup>260</sup> LEROY, Jean. op. cit. n°92-93.

<sup>261</sup> Art. 64 du C. pr. pén. Seulement la mention du temps laissé entre deux interrogatoires – normalement consacré à un repos effectif – n'est pas obligatoire. Cass. crim. 01 mars 1994, 2<sup>nd</sup> moyen, *Zattéra*, Pourvoi n° 93-85-374.

<sup>262</sup> CLEMENT, Sophie., PORTELLI, Serge. op. cit. p.49.



Quoi qu'il en soit, en plus d'être naturellement un instrument facteur d'inégalité des armes, les enquêteurs peuvent faire varier son degré d'atteinte. C'est la raison pour laquelle l'interrogatoire ne constitue pas seulement une simple atteinte au principe mais une inégalité des armes intentionnelle.

**267.** L'intention des OPJ transparaît à travers les techniques d'interrogatoire. Nous avons constaté que le simple fait de poser des questions constitue par nature une inégalité des armes. Les enquêteurs s'en contentent lorsqu'ils sont convaincus que le récit circonstancié du gardé à vue s'accorde avec la vraisemblance des faits et confirme les premiers éléments de l'enquête tels que des preuves objectives ou des témoignages. Mais dans l'hypothèse où la personne interrogée se défend, résiste aux différentes pressions, conteste certaines allégations, ou s'entête à donner une version des faits contradictoires ou donne l'impression de ne pas dire toute la vérité, dès cet instant, les enquêteurs ont recours à des techniques d'interrogatoire ostensiblement plus agressives, insidieuses.

Nonobstant les méthodes d'effraction de la conscience par narco-analyse, par hypnose et autre détecteur de mensonge<sup>263</sup> légitimement prohibés, il est davantage question en l'espèce de s'intéresser aux stratégies d'interrogatoire<sup>264</sup>. Elles illustrent parfaitement la puissance de l'intention dans la recherche de la vérité. Il n'existe pas de manuel établissant un inventaire exhaustif des différentes méthodes d'interrogatoire, elles sont exclusivement l'œuvre de praticiens. Elles sont pragmatiques, redoutables d'efficacité et reconnues comme telles par leurs pairs. L'interrogatoire "relais" consiste à assaillir de questions une personne. Les policiers se relayaient les uns les autres, ils posent inlassablement les mêmes questions ou des questions stupides sans rapport, ou encore des questions indiscretes, personnelles dans le but de fatiguer, d'exaspérer la personne. La technique de "l'entonnoir" consiste à réduire progressivement l'espace de liberté, le champ de parole de l'intéressé. Les questions sont ouvertes et générales au début, puis insidieusement elles deviennent fermées et de plus en plus précises. Elles peuvent s'enchaîner sur une "chasse au détail". L'enquêteur multiplie les questions de descriptions, de conditions, de temps, de lieux, de personnalités, de comportements. Le rythme soutenu, l'intonation, la répétition et l'enchaînement des questions laissent peu de temps à l'improvisation, au mensonge.

La stratégie d'écoute est également primordiale. Pendant qu'un enquêteur pose les questions, un autre s'occupe exclusivement des réponses. La technique du "cheval de Troie" ou "d'enfermement" consiste à faire parler le plus possible une personne afin de mieux la confondre sur les contradictions, les invraisemblances, les faux-fuyants de son propre récit. Les jeux de rôles des "bon et mauvais" enquêteurs, procédé bien connu aux États-Unis sous le terme de "*Mut and Jeff routine*", permet d'alterner la stratégie de l'apprivoisement et celle de l'abaissement. Enfin, le mensonge ne constitue nullement un monopole de la défense. Les enquêteurs peuvent parfaitement mentir, altérer certains faits, omettre ou ajouter certaines preuves pour influencer, tromper, abuser et provoquer des aveux. La manipulation peut toucher la forme, le fond, la personnalité, les comportements et les émotions. La diversité des méthodes offre une multitude de combinaisons pour parvenir « *au vertige mental d'où*

---

<sup>263</sup> GRAVEN. *Le problème des nouvelles techniques d'investigation au procès pénal*. Rev. sc. crim. 1950, p.313. RAVIER, Paul. *Recherche de la vérité judiciaire et audition-interrogatoire du suspect*. Thèse Paris, 1978, p.128. LECLERC, Henri. *Les limites de la preuve – Aspects actuels en France*. Rev. sc. crim. 1992, p.15. MATSOPOULOU, Haritini. op. cit. n°880, p.712.

<sup>264</sup> CLEMENT, Sophie., PORTELLI, Serge. op. cit. p.107.

*procède l'aveu* »<sup>265</sup>. « *L'ensemble se veut un jeu de bascule psychologique pendant lequel les enquêteurs tâtent l'esprit pour découvrir le ressort qui l'ouvrira* »<sup>266</sup>.

Seulement, il faut convenir que confier un pouvoir sans contre-pouvoir, c'est prendre le risque de connaître des abus de pouvoir, des dérives inévitables qui peuvent conduire à un parangon d'injustice, comme dans le procès d'Outreau. Selon le rapport de la Commission nationale de déontologie de la sécurité (CNDS) en 2003, une forte augmentation du nombre de signalements de violences policières a été constatée et corroborée par les statistiques de l'IGPN et de l'IGS<sup>267</sup> malgré une circulaire explicite<sup>268</sup>.

Par ailleurs, l'inégalité des armes révèle une forme singulière de contradiction.

## 2) *Un principe du contradictoire dénaturé*

**268.** La disproportion du rapport de force dénature le principe du contradictoire. Le caractère équitable du principe inhérent aux échanges annonce la supériorité de l'accusation. Il est en effet difficile de considérer l'interrogatoire comme non contradictoire – sauf dans une interprétation restrictive et civiliste du principe – puisqu'il oppose deux parties adverses dans un échange verbal. Néanmoins, l'inégalité des armes pèse sur la discussion à travers son unilatéralisme, même s'il existe une réciprocité *a minima* d'informations au profit de la défense.

L'interrogatoire met en œuvre une contradiction intentionnellement unilatérale. L'article 429 du Code de procédure pénale qui dispose que « *tout procès-verbal d'interrogatoire ou d'audition doit comporter les questions auxquelles il est répondu* » formalise d'une part explicitement cette version du principe, et constitue d'autre part une garantie formelle. Auparavant, la transcription écrite de l'audition ne renseignait pas formellement sur l'application des principes. Le long soliloque du gardé à vue<sup>269</sup> laissait une impression de discours "libre et volontaire", dénué de questionneurs, une allocution aseptisée des inégalités, et formaté pour son transfert dans le circuit judiciaire. Un écrit très éloigné des réalités du terrain<sup>270</sup>. Les questions passent du statut protégé et volatile de l'oral au statut immuable et

---

<sup>265</sup> LAMBERT, Louis. *Traité théorique et pratique de police judiciaire*. Desvignes, Lyon, 3<sup>e</sup> Éd. 1951.

<sup>266</sup> INCHAUSPE, Dominique. *L'innocence judiciaire*. Éd. Litec, 2001, p.166.

<sup>267</sup> Le CNDS a été saisi de 20 cas de violences ou dysfonctionnements en 2001, 40 en 2002 et 70 en 2003. De leur côté, l'IGPN et l'IGS ont enregistré en 2003, 611 faits allégués de violences policières contre 560 en 2002, soit une hausse de 9,10 %. Pour apprécier ces statistiques à leur juste valeur, il est important de rappeler que 5.5 millions d'infractions ont été recensées soit environs 1 million d'interpellations, 1500 allégations de violences policières dont 611 avérées par les services.

Disponible sur : <http://www.cnbs.fr/> [consulté le 08/07/2007]

<sup>268</sup> Circ. du 11 mars 2003 relative à la garantie de la dignité des personnes placées en garde à vue.

<sup>269</sup> Avant la réforme du 15 juin 2000, « *les procès-verbaux entretenaient la fiction d'un "aveu-récit"* ». Les déclarations du gardé à vue figuraient dans la procédure sous la forme « *d'une succession d'affirmations transformées en un récit et placées dans la bouche du suspect* ». DANET, Jean. *Défendre. Pour une défense pénale critique*. Coll. Regards sur la justice, 2<sup>nd</sup> Éd. Dalloz 2004, p.213.

<sup>270</sup> La pratique ne se privait pas de dénoncer « *cet étrange dialogue où ceux qui sont informés profitent de la solitude, de la peur et de l'ignorance pour mettre en difficulté celui qu'ils interrogent [et qui] ne laissera aucune trace fidèle. Par la suite, personne ne pourra savoir de quelle façon ont été formulées les questions, de quelles promesses ou de quelles menaces elles ont été accompagnées ni même dans quels termes elles ont été exprimées. Les réponses non plus ne pourront pas être reconstituées avec leur intonation, leurs hésitations et leurs incertitudes. Que restera-t-il dans le dossier de cet entretien et des multiples incidents qui l'ont émaillé ? Un procès-verbal de quelques feuillets rédigé par les enquêteurs eux-mêmes, expurgé le plus souvent de leurs*

ostensible de l'écrit. Cette révolution formelle laisse apparaître l'asymétrie de l'interrogatoire : un contradictoire unilatéral.

La rédaction sous le mode question/réponse révèle sa nature altérée, et rend davantage compte de l'inégalité des armes subie. On perçoit la dérive du principe dans la nature du discours et la différence des moyens utilisés. La recherche de la vérité à travers une discussion respectant le pluralisme, l'échange équitable d'arguments s'est réduit, en l'espèce, à un dialogue unilatéral déséquilibré de réponses forcées. La dérive du principe est directement issue de la nature contraignante de la discussion. L'accusation est seule à posséder le monopole des questions pour obtenir les informations de la défense. En retour, cette dernière est contrainte de renseigner sans prendre connaissance des résultats d'investigations diligentées par l'accusation. Et s'il arrive parfois que certaines preuves soient transmises à l'intéressé au cours de la garde à vue, elles ne comblent pas le déficit général d'informations de la défense, d'une part, et elles peuvent parfaitement faire partie d'une stratégie d'interrogatoire pour provoquer des aveux, d'autre part<sup>271</sup>. En conséquence, l'altération du principe ne permet pas de garantir suffisamment les droits de la défense. Seule sa manifestation formelle marque un progrès.

**269.** La rédaction des questions dans le procès-verbal participe à un effort de transparence, de loyauté<sup>272</sup> et de garantie formelle non négligeable pour la défense. Elle limite en amont certaines dérives de la garde à vue. Les enquêteurs ne sont plus aussi libres que d'antan, dans la formulation des questions. Ils doivent faire preuve de rigueur. Il n'est plus possible d'influencer, d'intimider, de contraindre la personne à travers les questions. Certains moyens de pression sont amenés à disparaître grâce à l'inscription des questions. En outre, elle ouvre, pour la défense, de nouvelles perspectives d'exploitation des procès-verbaux. L'avocat dispose désormais d'une matière à la fois plus exhaustive et plus proche de la réalité de l'interrogatoire pour fonder ces demandes.

Toutefois, l'efficacité de cette garantie formelle doit être relativisée. Elle exige une retranscription simultanée, et surtout intégrale de l'interrogatoire. Or, en pratique, un procès-verbal ne retranscrit pas *in extenso* le déroulement de la mesure. Il existe des imprévus inhérents aux moyens de fonctionnement, des discussions en aparté, des non dits et des rapports de force non inscrit dans la procédure, par bon sens, opportunité, stratégie ou encore par manque de moyens. Cette protection formelle soulève de façon plus globale la question liée à la fixation de la parole sur un support immuable, dont la force probante n'est pas juridiquement absolue, mais judiciairement prépondérante. Comme le précise Pierre Truche, ancien premier président de la Cour de cassation, « *celui qui a parlé doit toujours pouvoir exiger que soit exactement reproduite sa pensée tant sont lourdes de conséquences les pièces établies, qui sont considérées comme sincères si elles n'ont pas fait l'objet de contestation immédiate* »<sup>273</sup>. Il est intéressant de noter qu'en matière de mineurs, et très récemment en matière criminelle<sup>274</sup>, le législateur a fait le choix de l'enregistrement audiovisuel de

---

*propres questions et résumant les réponses en les déformant dans le sens choisi par eux.* » LEVY, Thierry. *Justice sans dieu*. Éd. Odile Jacob, 2000, p.170.

<sup>271</sup> LEVY, Thierry. *Eloge de la barbarie judiciaire*. Éd. Odile Jacob, 2004, pp.82-84.

<sup>272</sup> Compte rendu intégral du Sénat, séance du 25 juin 1999, JO p.4460. « *La clé de la discussion qui a eu lieu en commission des lois est que, pour comprendre une réponse, il faut connaître la question ! [...] Ce point fait l'objet de tellement de discussions au cours de l'audience qu'il est bon pour la justice que les questions soient inscrites dans le procès-verbal. Cela évitera bien des discussions à l'audience [...] en rendant très clair ce qui doit être particulièrement clair* ».

<sup>273</sup> TRUCHE, Pierre. *Juger, être jugé. Le magistrat face aux autres et à lui même*. Fayard, 2001, p.172.

<sup>274</sup> V. Loi n°2007-291 du 05 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale. Les nouveaux articles 64-1 et 116-1 du Code de procédure pénale ont pour objet d'instituer un enregistrement audiovisuel

l'interrogatoire. L'objectif est de permettre au juge de s'assurer de la conformité, entre les déclarations du mis en cause et leur retranscription dans le procès-verbal. De plus, la caméra possède une qualité de « *tiers observateur totalement neutre* » permettant « *une distance porteuse d'autorité entre l'OPJ et le mineur* »<sup>275</sup>.

Malheureusement, la Chancellerie ne tire pas toutes les conséquences de ces protections formelles substantielles. Dans le premier cas, ils adoptent le raisonnement de la circulaire du 4 décembre 2000 qui suspend l'annulation du procès-verbal à l'établissement d'un vice fondamental dans la recherche de la vérité<sup>276</sup>. Et en ce qui concerne les mineurs, ils subordonnent l'annulation de la procédure au seul contenu du procès-verbal – sans prendre en considération les conditions de la garde à vue –, et tendent à confondre la notion de "cause insurmontable" avec celle "d'obstacle d'origine inconnue"<sup>277</sup>. Une interprétation aussi restrictive de ces garanties est fort regrettable sur le plan des droits de la défense pour les mineurs comme pour les majeurs. Il faut espérer une modification dans l'interprétation des textes avec le décret d'application de la loi du 05 mars 2007.

## CONCLUSION CHAPITRE 1

**270.** Historiquement, la phase policière n'est pas propice aux développements des droits par les principes du contradictoire et de l'égalité des armes. Le poids séculaire de certaines traditions et la nécessaire préservation de l'efficacité de la répression constituent les principaux obstacles à l'accroissement des droits.

Néanmoins, progressivement, les droits de la défense sont apparus pendant l'enquête de police, notamment sous l'influence du droit européen. Depuis les lois des 4 janvier et 24 août 1993, et du 15 juin 2000, en fonction du statut juridique octroyé au suspect, l'intéressé dispose de droits. Il peut bénéficier d'un interprète et d'un avocat. Il peut se faire examiner par un médecin et prévenir un membre de sa famille... L'exercice des principes du contradictoire et de l'égalité des armes favorise l'efficacité de ces droits, mais uniquement à la périphérie de la mesure de garde à vue.

L'interrogatoire reste pour les droits de la défense un espace à investir. Les apports engendrés par l'exercice des droits et des principes en périphérie de l'interrogatoire contrastent avec les atteintes en son centre.

Au sein de la phase policière, nous constatons une circonscription des principes et des limites substantielles aux droits. Néanmoins, à l'échelle processuelle, elles ne remettent pas en cause le mouvement plus global et plus profond de renforcement des droits de la défense.

L'analyse des droits sous l'angle des principes du contradictoire et de l'égalité des armes au cours de son traitement judiciaire confirme et intensifie cette évolution processuelle.

---

obligatoire en matière criminelle, aussi bien pour les gardes à vue que pour les interrogatoires devant le juge d'instruction. **MATSOPOULOU**, Haritini. *Renforcement du caractère contradictoire, célérité de la procédure pénale et justice des mineurs*. Droit pénal mai 2007, chron. p.5. V. dossier AJ pénal mars 2007 sur la loi du 05 mars 2007, p.105 et s.

<sup>275</sup> **LAZERGES**, Christine. *Fallait-il modifier l'ordonnance n°45-174 du 2 février 1945 ?* Rev. sc. crim. 2003, p.181.

<sup>276</sup> Cass. crim. 26 février 2003, Bull. crim. n°56 ; Cass. crim. 09 juillet 2003, n°02-85899, inédit. V. **ROUSSEL**, Gildas. *L'annulation des procès-verbaux d'interrogatoire pour défaut de mention des questions*. AJ Pénal 2005, p.19 ; **ROUSSEL**, Gildas. *Rédaction et exploitation des procès-verbaux depuis la loi du 15 juin 2000*. Mémoire DEA, Éd. L'Harmattan, 2004.

<sup>277</sup> Cass. crim. 23 octobre 2002, Juris-Data n° 2002-016661, JCP 2003, II, n°10070, note J-Y. Maréchal. **ETRILLARD**, Claire. *L'enregistrement audiovisuel des auditions de mineurs en France*. RICP 2004, pp.50-52.



## CHAPITRE 2 – Le traitement judiciaire

« Une injustice faite à un seul homme est une menace faite à tous ». Montesquieu.

**271.** Dans le traitement judiciaire des infractions pénales, le rôle du ministère public se confond avec celui d'un "administrateur de réseaux informatiques". Il est chargé de l'orientation de chaque dossier et de la gestion de la chaîne pénale dans son ensemble. Il est responsable de son fonctionnement et de son exploitation. Il est un acteur central parce qu'il est incontournable et omniscient. Dépositaire exclusif de toutes les procédures, à l'image d'un répartiteur, il les oriente dans le système judiciaire en fonction des critères légaux, et de la politique pénale du Parquet. Aussi déterminante et lourde de sens que puisse être cette décision à l'égard de la défense, cette dernière en est totalement exclue. Ni les droits ni les principes ne sont autorisés à intervenir pour influencer de quelques manières que ce soit, sur l'orientation de la procédure. À l'issue de l'enquête de police, il décide du mode de poursuite en se fondant exclusivement sur le rapport des enquêteurs.

Les profondes mutations<sup>1</sup> endurées récemment par notre système pénal à l'égard du traitement des délits nous livrent une gamme de circuits judiciaires très variés qui oscille entre les procédures alternatives aux poursuites et la saisine classique de la juridiction compétente, en passant par les procédures d'urgence comme la comparution immédiate ou les procédures simplifiées avec la nouvelle procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC). En définitive, à l'exception du classement sans suite<sup>2</sup> – qui est par essence exclue de notre étude – et des procédures alternatives aux poursuites – déjà étudiées –, on dénombre pas moins de huit circuits différents de poursuite qu'il est possible de réduire à cinq<sup>3</sup>, si l'on regroupe les différentes formes de comparution devant la juridiction de jugement.

**272.** La force des droits et l'intensité des principes sont intrinsèques au mode de poursuite. Ils varient selon la complexité des affaires, la célérité des circuits, la juridiction compétente, la césure *ante* et *post* jugement, et surtout selon le traitement de la procédure.

Au sein des procédures rapides et simplifiées, ainsi que dans la phase préparatoire du procès, nous observons une affirmation contrôlée des principes qui engendre une progression

---

<sup>1</sup> **GUINCHARD**, Serge., **BUISSON**, Jacques. *Procédure pénale*. Éd. Litec, 2005, p.641 et s. ; **DANET**, Jean. *Défendre. Pour une défense pénale critique*. Coll. Regards sur la justice, 2<sup>nd</sup> Éd. Dalloz 2004, p.67 et s.

<sup>2</sup> Bien que le classement sans suite ait pour conséquences d'éteindre l'action publique et, par résonance, une exclusion définitive des droits de la défense, il est important de rappeler qu'il constitue, quantitativement, le premier mode de gestion des affaires pénales. En 2005, sur les 5 155 566 procédures enregistrées, 4 844 985 dossiers ont été traités par les parquets, et 76 % de ces affaires ont fait l'objet d'un classement sans suite. En définitive, notre étude porte sur les 24 % de dossiers restants. 677 632 affaires, soit 14 %, sont poursuivies devant une juridiction et 461 203 affaires, soit 10 %, font l'objet de procédures alternatives aux. in Les chiffres clés de la Justice en 2006, p.14.

Disponible sur : [http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/1\\_chiffrescles06.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_chiffrescles06.pdf) [consulté le 08/07/2007]

<sup>3</sup> **DALLEST**, Jacques. *Tableau synoptique des différents modes de poursuite du parquet*. AJ pénal 2005, p.21.

maîtrisée des droits. La détermination des droits dépend de la combinaison des principes mise en œuvre dans ces procédures.

En ce qui concerne la procédure de droit commun, et notamment sa phase de jugement, il nous faut reconnaître l'acmé des droits de la défense à travers une application inconditionnelle du principe du contradictoire et relative de l'égalité des armes. La défense et l'accusation s'affrontent à armes égales dans un débat judiciaire gouverné par la contradiction afin de produire une vérité judiciaire que la décision affirmera.

**273.** Aussi, il convient d'examiner successivement le conditionnement des principes et la détermination des droits (SECTION 1), avant de considérer l'application des principes et l'affirmation des droits (SECTION 2).

## **Section 1 – Des principes conditionnés et des droits déterminés**

**274.** Le traitement judiciaire connaît une variation substantielle dans l'exercice des principes et l'application des droits selon l'existence ou l'absence de mise en état préalable du dossier.

À l'issue de l'enquête de police, la majorité des affaires sont en état d'être jugées immédiatement. L'accusation a suffisamment de charges et de preuves pour saisir les dossiers devant les juridictions compétentes. Les diligences de l'accusation s'achèvent alors que s'ouvrent pour le défenseur de nouvelles perspectives comme l'accès à la procédure, la préparation d'une défense, la dispense de conseils avisés à l'égard des choix qui s'offrent à la personne poursuivie. En amont du procès, les parties agissent alternativement. Plus précisément, la défense réagit en fonction du traitement judiciaire choisi par l'accusation.

En revanche, il arrive que les parties agissent de façon concurrente. Pour une fraction résiduelle d'affaires<sup>4</sup>, une mise en état préalable des dossiers s'avère obligatoire pour les infractions les plus graves, et nécessaire pour les délits et les crimes les plus complexes. L'accusation et la défense s'affrontent alors simultanément sous l'égide d'un magistrat indépendant. La phase d'instruction tend à respecter davantage les droits de la défense que la phase policière en raison d'un exercice plus soutenu des principes du contradictoire et de l'égalité des armes. La présence continue de l'avocat aux côtés de son client lors des interrogatoires, le libre accès à la procédure, la possibilité de solliciter la mise en œuvre de certaines investigations, sont les manifestations des principes et des droits qui octroient à la défense un espace de réflexion, une liberté d'action, une opportunité d'intervention.

**275.** En conséquence, il peut être intéressant de distinguer selon la nature du dossier. Nous examinerons donc en premier lieu les procédures en état d'être jugées immédiatement (§1) puis, dans un second temps, les procédures qui nécessitent une mise en état préalable (§2).

### **§ 1 – Le traitement des procédures en état d'être jugées immédiatement**

---

<sup>4</sup> Entre 1990 et 2003, le nombre d'affaires transmises à l'instruction par le parquet connaît une baisse de 35 %. Ainsi, sur les 674 522 affaires poursuivies devant les juridictions pénales en 2004, la part du juge d'instruction représente seulement 5 % des saisines. Annuaire statistique de la justice. La Documentation française, Éd. 2006, p.109.

**276.** Le traitement des procédures en état d'être jugées se veut à la fois très pragmatique et respectueux des principes directeurs du procès. En marge du droit commun des modes de comparution, le législateur a développé deux circuits parallèles qui privilégient, soit la célérité, soit la simplicité du traitement des procédures judiciaires. Difficile compromis que celui qui consiste à régler avec rapidité ou en dehors du procès, une partie du contentieux afin de sauvegarder notre système judiciaire et préserver nos capacités de juger les affaires les plus importantes, d'un engorgement irrémédiablement destructeur. Entre célérité (A) et contournement du procès (B), les spécificités processuelles de chaque circuit contingente l'exercice des principes qui détermine à leur tour la force des droits et la place de la défense.

### **A – La célérité du procès**

**277.** La célérité du procès peut-elle se concilier avec le respect des droits de la défense ? Depuis la procédure dite des « flagrants délits » créée par la loi du 20 mai 1863, à la procédure de comparution immédiate, en passant par la convocation par procès-verbal, le législateur n'a cessé de chercher un juste équilibre entre ces fins antagonistes. Ce circuit prétend respecter l'exercice des droits de la défense – du régime de droit commun – tout en contractant au maximum tous les délais d'action en faisant la chasse aux temps morts et aux pauses dans la procédure. Et effectivement, à l'examen des droits de la défense sous l'angle du principe du contradictoire, il nous faut constater une densité sensiblement égale à celle du droit commun (1). Toutefois, leur appréciation au regard du principe de l'égalité des armes est davantage critique puisqu'elle tend à les malmener (2).

#### *1) Des droits garantis par le principe du contradictoire*

**278.** Les procédures rapides<sup>5</sup> respectent les droits de la défense grâce à l'application du principe du contradictoire. Avant de s'y intéresser, il est nécessaire au préalable de rappeler l'évolution de ces procédures ainsi que les enjeux qu'elles véhiculent. Sans revenir à la procédure de flagrants délits, exclusivement réservée comme son nom l'indique aux personnes interpellées dans le cadre de la flagrance, les procédures rapides d'aujourd'hui sont issues des articles 22 à 26 de la loi du 10 juin 1983<sup>6</sup>. Elle mettait fin à la procédure dite de « saisine directe »<sup>7</sup> instituée par la loi du 2 février 1981 qui ouvrait le circuit rapide aux enquêtes préliminaires. Avec la procédure de comparution immédiate ce n'est plus seulement les flagrants délits qui allaient être présentés au ministère public mais toutes les affaires en état d'être jugées immédiatement dès lors qu'elles correspondaient aux directives de la politique pénale. Les réformes successives n'ont eu de cesse d'élargir le champ d'application de cette procédure. La loi du 9 septembre 1986 réintroduit les enquêtes préliminaires, la loi du 8 février 1995 relève le plafond des conditions d'application – il passe

---

<sup>5</sup> Les procédures rapides comprennent la comparution immédiate et la comparution par procès-verbal. Ces procédures s'appliquent aux délits punis d'une peine dont le maximum de l'emprisonnement prévu par la loi est au moins égal à deux ans. Art. 393 et s. du C. pr. pén.

<sup>6</sup> Loi n° 83-466 du 10 juin 1983. V. ALD 1983, comm. 105, note Puech ; D. 1984, chron. 75, note Pradel ; LEVY, René. *Du flagrant délit à la comparution immédiate : la procédure d'urgence d'après les statistiques judiciaires* (1977-1984). Coll. Études et données pénales, CESDIP, 1985.

<sup>7</sup> CABOUAT, J.-M., POIGNARD, D. *La saisine directe*. Gaz. Pal. 1981, 1, Doct. p.176.



de cinq à sept ans –, tandis que la loi du 9 septembre 2002 le supprime<sup>8</sup>. Cet élargissement répond à des préoccupations politiques de sanctions rapides et judiciaires de régulation des affaires pénales. Il est cependant paradoxal de constater que des procédures d'exception connaissent des conditions légales d'application aussi ouvertes. L'affaire doit être simple, en état d'être jugée, avec des charges suffisantes et une peine encourue d'au moins deux ans (ou au moins égal à six mois, en cas de délit flagrant). En théorie, elles sont donc susceptibles de traiter quasiment tous les délits. Dans la pratique, la décision de déférer une personne gardée à vue au parquet est prise afin d'apporter une réponse judiciaire rapide à certaines situations, en raison de critères préétablis par la politique pénale ou pour apporter une réponse casuelle motivée par la gravité particulière des faits, le trouble à l'ordre public, le passé judiciaire du délinquant, ou la nécessité de mettre un terme à une situation potentiellement dangereuse.

**279.** Les procédures rapides restent encore aujourd'hui un mode de comparution d'exception mais en pleine progression. Entre 2000 et 2004, le nombre d'affaires poursuivies qui emprunte les circuits rapides connaît une croissance de 41,7 % avec 54 676 affaires. Elles représentent 11,7 % des poursuites exercées devant le Tribunal correctionnel en 2004<sup>9</sup>. Par ailleurs, elles soulèvent de plus en plus souvent un enjeu capital, celui de l'incarcération. Sur la même période, le nombre de mandat de dépôt en comparution immédiate a augmenté de 23,5 % pour atteindre le chiffre de 18 234 en 2004. Il résulte du croisement de ces données statistiques que le choix d'un circuit rapide induit pour la personne poursuivie un risque sur deux d'être incarcérée<sup>10</sup>. Aussi, il n'est pas surprenant de constater en aval de la chaîne que sur 100 entrées en prison en 2004, 33 sont issues de la comparution immédiate<sup>11</sup>. Le poids croissant de cette procédure sur la population carcérale se confirme en stock<sup>12</sup> comme en flux<sup>13</sup>.

Enfin, la procédure de comparution immédiate n'est plus un circuit rapide réservé aux seuls majeurs. La loi du 9 septembre 2002 a institué chez les mineurs son homonyme processuel, dénommé procédure de jugement à délai rapproché<sup>14</sup>. Elle partage les mêmes causes et les

---

<sup>8</sup> Art. 5, 7, 8 et 9 de la Loi n° 86-1019 du 09 septembre 1986 relative à la lutte contre la criminalité et la délinquance ; Art. 58 de la Loi n° 95-125 du 08 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative ; Art. 40 de la Loi n° 2002-1138 du 09 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice. V. **MERLE**, Roger., **VITU**, André. *Traité de droit criminel. Procédure pénale*. Cujas, 3<sup>e</sup> Éd. 1979. 5<sup>e</sup> Éd. 2001, n°299 et s., 656 et s. ; **LESCLOUS**, Vincent. *Convocation par procès-verbal et comparution immédiate*. J.-Cl. Procédure pénale, fasc. 20, Art. 393 à 397-6 ; **GUINCHARD**, Serge., **BUISSON**, Jacques. op. cit. p.667-671 ; **SAINT-PIERRE**, François. *Le guide de la défense pénale*. 3<sup>e</sup> Éd. Dalloz, 2004, pp.278-279.

<sup>9</sup> Annuaire statistique de la justice. La Documentation française, Éd. 2006, p.109. À elle seule, la comparution immédiate connaît une croissance de 34,7 % et représente 9,2 % des poursuites exercées devant le Tribunal correctionnel en 2004. Les procédures rapides sont également considérées dans les autres pays européens comme des procédures d'exception, cependant elles fluctuent entre 7 % des jugements en Allemagne, à 25 % au Portugal. V. Étude de législation comparée n°146 du Sénat de Mai 2005 sur les procédures pénales accélérées.

<sup>10</sup> En 2004, sur les 43 099 affaires renvoyées en comparution immédiate, 18 234 personnes ont fait l'objet d'un mandat de dépôt. Ibid. idem. p.127.

<sup>11</sup> Ibid. idem. p.211.

<sup>12</sup> Au 31 décembre 2000, on compte 811 détenus au titre de cette procédure. Au 31 décembre 2005, on en dénombre 1861, soit une augmentation de 129 %. Ibid. idem. p.211.

<sup>13</sup> Les personnes incarcérées au cours de l'année en raison de la procédure de comparution immédiate représentent en moyenne 50 % des prévenus. Ibid. idem. p.213. V. La justice pénale en quelques chiffres de Pierre Lemoussu, chargé de formation à l'ENM. 02/06/2004.

Disponible sur : <http://www.syndicat-magistrature.org/> [consulté le 08/07/2007]

<sup>14</sup> Art. 14-2 de l'Ordonnance du 02 février 1945. V. Procédure pénale applicable aux mineurs. Document des Maîtres de conférence à l'ENM, p.59. En 2003, on dénombrait 636 procédures de jugement à délai rapproché sur 57 763 affaires poursuivies, soit 1.1 % des procédures.

mêmes buts de célérité à l'égard de la réponse pénale. À l'issue de la garde à vue, le mineur est présenté au procureur de la République avec l'assistance de son avocat afin de lui communiquer sa date de comparution, à l'instar de la convocation par procès-verbal. Cette procédure permet au ministère public de citer directement le mineur devant le Tribunal pour enfant, sans passer par la phase d'information préalable.

Les procédures rapides ne sont pas non plus une spécificité hexagonale. Nos voisins européens connaissent les mêmes difficultés de gestion des flux ou d'encombrement des juridictions. Certains comme en Italie et en Allemagne suppriment une phase du procès – comme nous en matière de délinquance des mineurs – ; d'autres à l'image de la Belgique, l'Espagne ou le Portugal font le choix d'accélérer leurs procédures<sup>15</sup>.

Les procédures d'urgence<sup>16</sup> renferment donc un élargissement juridique, une croissance statistique et un enjeu libéral inégalé au regard des chiffres d'incarcération qui dénotent un besoin évident, si ce n'est une nécessité d'application des droits de la défense.

**280.** En effet, les droits de la défense connaissent au sein des procédures d'urgence de nombreuses manifestations garanties essentiellement par le principe du contradictoire. Elles figurent en premier lieu au moment du défèrement de la personne gardée à vue devant le magistrat du parquet, puis dans la préparation de l'audience et enfin lors du procès.

Le défèrement est une phase transitoire plus ou moins longue entre la garde à vue et la saisine de la juridiction de jugement – ou d'instruction – pendant laquelle la personne est retenue sans aucun titre légal de détention afin d'être présentée à un représentant du parquet qui décidera de l'orientation de l'affaire. Il est particulièrement étonnant de constater le silence du législateur jusqu'à la loi du 9 mars 2004, ainsi que la discrétion de la doctrine – qui perdure encore aujourd'hui<sup>17</sup> – en ce qui concerne cette carence manifeste de notre droit positif. Lorsque l'on appréhende cette phase en termes de filière pénale, elle représente en quantité l'issue d'une garde à vue sur deux<sup>18</sup>. Cette ellipse juridique est au surplus parfaitement inconcevable au regard des atteintes à la liberté individuelle lorsque la personne gardée à vue est détenue au "dépôt" d'un Palais de Justice sans titre légal ni limite dans le temps. Par ces motifs, la question du défèrement a donné lieu à une abondante jurisprudence<sup>19</sup>.

---

<sup>15</sup> Étude de législation comparée n°146 de Mai 2005 sur les procédures pénales accélérées.

Disponible sur : [http://www.senat.fr/lc/lc146/lc146\\_mono.html](http://www.senat.fr/lc/lc146/lc146_mono.html) [consulté le 08/07/2007]

<sup>16</sup> Art. 393 et s. du C. pr. pén. La procédure de convocation par le procureur de la République reste une procédure d'urgence marginale qui représente moins de 3 % des saisines du tribunal correctionnel. En conséquence, la comparution immédiate fera plus souvent l'objet de nos développements.

<sup>17</sup> À titre d'exemple, le terme défèrement ne figure pas dans l'index du Code de procédure pénale 2005, pas plus qu'il ne figure dans la majorité des traités ou ouvrages de procédure pénale ou dans la base documentaire du SUDOC à une exception près.

<sup>18</sup> AUBUSSON de CAVARLAY, Bruno., HURE, Marie-Sylvie. *Arrestations, classements, défèvements, jugements. Suivi d'une cohorte d'affaires pénales de la police à la justice*. Coll. Études et données pénales, CESDIP, 1995, n°72, p.83-85 et 119.

<sup>19</sup> Cass. crim. 25 mai 1978, JCP 1978, I, 2916, La rétention du suspect par L. Remplon. « *Considérant qu'à l'expiration de sa garde à vue [le mis en cause] a été mis à la disposition du procureur de la République, ce qui impliquait que pendant cette phase normale et nécessaire de la procédure il soit apporté une restriction à sa liberté* ». V. Cass. crim. 23 mars 1983. Dans un récent arrêt du 21 janvier 2003, la Cour de cassation a refusé de faire droit à un pourvoi formé par des personnes dont la garde à vue s'était achevée entre 18 h 50 et 19 h 05, qui avaient été mises à la disposition du procureur entre 21 h 25 et 22 h 00, mais ne lui avaient été effectivement présentées que le lendemain à 16 h 00. La Cour a constaté « *qu'ayant été, en l'espèce, mis à la disposition du procureur de la République après 21 heures, les intéressés n'ont matériellement pas pu, le même jour, ni être entendus par ce magistrat, ni être traduits devant le tribunal correctionnel ou devant le juge des libertés et de la détention, avec l'assistance de l'avocat prévu par l'article 393 du code de procédure pénale [...]* ». Contra Cass. crim. 16 septembre 2003, Bull. crim. n°160. Cassation partielle et nullité limitée.

Finalement, c'est au cours des discussions parlementaires sur le projet de loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité que le rapporteur de la Commission des lois de l'Assemblée nationale va proposer sa réglementation<sup>20</sup>. Désormais, l'article 803-2 du Code de procédure pénale pose le principe « *que toute personne ayant fait l'objet d'un défèrement à l'issue de la garde à vue à la demande du procureur de la République comparait le jour même devant ce magistrat* ». Ce n'est qu'en cas de nécessité – heure tardive ou absence de magistrat – que « *la personne peut comparaître le jour suivant et peut être retenue à cette fin [...], à condition que cette comparution intervienne au plus tard dans un délai de vingt heures à compter de l'heure à laquelle la garde à vue a été levée, à défaut de quoi l'intéressé est immédiatement remis en liberté* »<sup>21</sup>. À l'image de la médiation, nous partageons l'avis selon lequel « *on peut certes considérer que tout ce qui n'est pas interdit par la loi étant permis, [le défèrement] l'est sans qu'il soit nécessaire que le législateur intervienne. Toutefois s'agissant d'une mesure appliquée sur ordre du parquet, une inscription dans la loi paraît préférable* »<sup>22</sup>. En outre, dans l'hypothèse où l'intéressé est retenu – sans possibilité d'être interrogé –, il doit avoir la possibilité de s'alimenter, de prévenir une personne, d'être examiné par un médecin ou encore de s'entretenir avec un conseil de son choix selon les modalités identiques à la mesure de garde à vue<sup>23</sup>. La légalisation de la détention au cours du défèrement et la reconnaissance de droits y afférents constituent une avancée manifeste des droits de la défense.

**281.** De la présentation devant le magistrat du parquet à l'audience de jugement, les droits de la défense sont présents et relativement garantis par l'application du contradictoire. Lors du défèrement, le procureur de la République commence par vérifier l'identité du déféré, puis il lui notifie les faits, objet de la prévention et les textes d'incriminations applicables ainsi que les peines encourues. Sans l'interroger sur le fond du dossier, il recueille sur sa demande les déclarations de l'intéressé et les inscrit sur le procès-verbal. Par ailleurs, il l'informe de son droit à l'assistance d'un avocat de son choix ou commis d'office. À l'issue de l'entretien, l'autorité poursuivante lui fait connaître sa décision sur l'orientation donnée à l'affaire. À ce stade des poursuites, il peut procéder soit à l'ouverture d'une information<sup>24</sup>, s'il l'estime nécessaire, soit au renvoi immédiat de l'intéressé devant le Tribunal correctionnel<sup>25</sup>. Toutes ces formalités – notamment les diligences qui tendent à la présence effective d'un défenseur auprès du prévenu – sont inscrites au procès-verbal à peine de nullité de la procédure. La nature de la discussion entre la personne déférée et le procureur de la République est strictement informative. La première est informée de ses droits et de l'évolution de la procédure tandis que la seconde est renseignée sur la situation familiale,

<sup>20</sup> Rapport de l'Assemblée nationale n°856 par J-L. Warsmann du 14 mai 2003, sur le projet de loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, t. 2.

Disponible sur : <http://www.assemblee-nationale.fr/12/rapports/r0856-t2.asp> [consulté le 08/07/2007]

Disponible sur : <http://www.senat.fr/dossierleg/pj102-314.html> [consulté le 08/07/2007]

Disponible sur : <http://www.senat.fr/seances/s200310/s20031007/s20031007007.html#section1716> [consulté le 08/07/2007]

<sup>21</sup> Art. 803-3 du C. pr. pén.

<sup>22</sup> OTTENHOF, Reynald. *Les techniques de conciliation en matière pénale*. APC 1984, n°7, p.128.

<sup>23</sup> Art. 803-3 al.2 du C. pr. pén. ; Cf. supra n° 241 et s.

<sup>24</sup> Cf. infra § 2.

<sup>25</sup> Cass. crim. 26 avril 1994, Bull. crim. n°149. Si l'article 393 du Code de procédure pénale contingente en théorie son choix, en pratique, il est libre d'orienter la procédure vers le circuit judiciaire de son choix. En effet, des erreurs d'appréciation, des nullités de procédure ou des dysfonctionnement dans l'orientation des procédures peuvent conduire à un défèrement inopportun ou inutile. Dans une telle hypothèse, il est légitime que le magistrat corrige l'erreur d'orientation.

sociale et financière. Il nous faut tout de même parfois regretter l'absence de l'avocat à cette présentation.

Au terme de la notification, dans le cadre de la comparution immédiate<sup>26</sup>, si la juridiction est dans l'impossibilité de se réunir le jour même, le prévenu est renvoyé devant le juge des libertés et de la détention afin qu'il soit tranché sur la question de sa détention provisoire ou de son contrôle judiciaire, en attendant la date de sa comparution. Dans l'hypothèse où le Tribunal correctionnel peut se réunir le jour même, le prévenu y est renvoyé immédiatement. Dans l'attente de l'audience, la défense bénéficie de tous les moyens juridiques nécessaires à sa préparation. Pour commencer, toutes les diligences sont mises en œuvre afin de garantir la présence de l'avocat aux côtés du prévenu. La réorganisation du pénal d'urgence au sein des Barreaux permet de répondre efficacement aux demandes d'avocats<sup>27</sup>. Ensuite, l'article 393 du Code de procédure pénale prescrit expressément que « *l'avocat peut consulter sur le champ le dossier et communiquer librement avec le prévenu* ». L'entretien entre l'avocat et son client en toute connaissance du dossier est primordial dans la construction de la défense. L'échange est souvent intense parce que la contradiction doit permettre d'élaborer une stratégie ou du moins les orientations de la défense<sup>28</sup>.

Enfin, la défense bénéficie également des moyens concrets de mise en œuvre de ses droits. Le prévenu impécunieux jouit de l'aide juridictionnelle et son avocat a directement accès au dossier<sup>29</sup> du président. Les droits de la défense ne sont pas uniquement formels, ils sont réels. Cependant, les considérations de temps inhérentes aux procédures rapides constituent des limites irréfragables à leurs exercices.

## 2) *Des droits malmenés par une inégalité des armes*

**282.** La célérité des diligences inscrite dans les procédures d'urgence porte atteinte au principe de l'égalité des armes et tend à remettre en cause l'exercice des droits de la défense garanti par le principe du contradictoire. Il ne suffit pas de prescrire légalement des droits, et d'organiser les conditions concrètes de leur application, encore faut-il disposer de moyens matériels suffisants à l'entretien d'une part, et laisser à la défense le temps nécessaire et utile de les exercer d'autre part. Or, en l'espèce, le rythme imposé par l'accusation au sein de ces procédures ne permet de disposer ni de l'un ni de l'autre.

Sitôt l'orientation de la procédure déterminée suite à l'entretien téléphonique entre l'enquêteur et le magistrat du parquet, le gardé à vue est déféré devant ce dernier et retenu le temps nécessaire au "dépôt" du Palais de Justice, en attendant d'être jugé. La permanence pénale joue pleinement son rôle en garantissant aux personnes jugées la présence effective d'un avocat. Sa durée qui sépare la constitution du défenseur, de l'audience, n'est que de quelques heures. Dans ce délai extrêmement court, l'avocat doit gérer ses problèmes de logistique, réaliser les diligences judiciaires nécessaires, prendre connaissance du dossier et s'entretenir avec son client. Et bien souvent, l'avocat de permanence ne s'occupe pas d'une

---

<sup>26</sup> Nous favorisons l'examen de la comparution immédiate au détriment de la convocation par procès-verbal en raison de sa plus grande sollicitation par le parquet. Pour cette dernière, le procureur de la République notifie au prévenu sa date de comparution en l'informant que cette notification vaut citation à personne.

<sup>27</sup> Cf. supra n°256.

<sup>28</sup> Cf. infra n° 329 et s.

<sup>29</sup> En raison de considérations de temps évidentes, le conseil consulte le dossier de l'audience remis par l'huissier et non sa copie.

seule affaire, il peut être désigné à plusieurs reprises pour assister plusieurs prévenus en comparution immédiate.

Bien qu'il soit censé disposer de la procédure « *sur le champ* », la réalité du quotidien rappelle qu'il est entièrement dépendant de l'instruction du dossier ou de son enregistrement par le greffe. De plus, les contraintes de temps se cumulent avec les conditions matérielles de la consultation. Les salles d'audience comme les couloirs des Palais de Justice sont loin d'être des espaces appropriés à une lecture attentive de dossiers pénaux. Des mois de pratiques de pénal d'urgence sont souvent nécessaires à l'avocat débutant pour effectuer une lecture à la fois consciencieuse et économe en temps, pour connaître les endroits les plus calmes en fonction de l'heure de la journée, et les personnes à solliciter pour obtenir le plus rapidement les renseignements utiles.

Enfin, l'entretien avec le client se déroule sur la même cadence. Le rythme soutenu comme les conditions matérielles sont imposées par l'accusation. L'entrevue se réalise dans le meilleur des cas dans les geôles, sinon, il s'effectue dans un couloir, sur un banc, en présence de l'escorte, juste avant l'audience. Et la confidentialité de l'entretien ? Et la préparation réelle de la défense ? Pourtant l'enjeu est extrêmement important. Est-il besoin de rappeler qu'une comparution immédiate sur deux se termine par une incarcération ? L'inadéquation des conditions matérielles, de lieu et de temps engendrent une inégalité des armes au détriment de la défense au moment où elle entend s'organiser et se préparer au procès.

**283.** La procédure de comparution immédiate est l'exemple topique des avancées consacrées grâce à l'examen systémique des droits de la défense qu'une simple analyse rationnelle ne saurait appréhender. En effet, seule une appréhension systémique de ce triptyque extrêmement complexe, permet d'apprécier à la fois la consistance et l'influence des éléments entre eux. En l'espèce, on vient de démontrer que la substance<sup>30</sup> et l'intensité<sup>31</sup> du principe du contradictoire exercé pour garantir les droits de la défense peuvent être altérées par un élément relevant du principe de l'égalité des armes, le facteur temps. Non seulement, la modélisation systémique permet de prendre en compte les interactions entre les principes afin de déterminer en proportion la force des droits, mais elle apprécie également les dissensions infra systémique comme il en existe pour le principe de l'égalité des armes en matière de comparution immédiate. Chaque élément du triptyque est variable par rapport aux autres mais également en son sein. En ce qui concerne l'égalité des armes, elle est partagée entre les atteintes résultant de la gestion du temps et les bénéfices dérivés des garde-fous légaux.

En théorie, l'article 397 du Code de procédure pénale est une protection légale contre les défaillances de la défense due au manque de temps pour appréhender correctement tous les éléments du dossier, s'entretenir avec son client ou encore définir une stratégie. Le prévenu ne peut être jugé immédiatement sans son accord exprès, en présence de son conseil. En l'absence de ce choix, la comparution immédiate serait contraire à l'article 6 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme. Le mis en cause peut donc décider d'être jugé ultérieurement par le Tribunal afin de laisser à son défenseur le temps de préparer sa défense. Si le ministère public garde le monopole de l'orientation des affaires pénales, il faut reconnaître que la décision d'appliquer ou non l'article 397 du Code de procédure pénale constitue un contre pouvoir important susceptible de paralyser la célérité de l'action publique<sup>32</sup>. Seulement les enjeux de la comparution immédiate ne s'arrêtent pas avec le report de l'audience.

---

<sup>30</sup> Par substance, nous entendons l'accès au dossier ou l'entretien avec l'avocat.

<sup>31</sup> Par intensité, nous entendons tous les moyens concrets qui permettent de mettre en œuvre le contradictoire.

<sup>32</sup> En ce qui concerne la comparution à délai rapproché réservée aux mineurs délinquants, le législateur impose par défaut le garde fou légal. La procédure distingue *ab initio* et diffère dans le temps la phase du défèrement de

Ils changent de fondement sans véritablement changer de nature lorsqu'il est question de débattre du statut de l'intéressé en attendant le jugement. Les enjeux relatifs à la décision sur le fond sont reportés et laissent leur place à ceux disputés – généralement – devant le juge des libertés et de la détention<sup>33</sup>, mais ils restent néanmoins extrêmement proches. En parallèle, les critiques relatives aux carences de la défense perdurent. Lorsque le temps de préparation est insuffisant pour statuer au fond, il l'est également pour débattre du placement. Et il est superfétatoire de préciser que la décision de le placer sous contrôle judiciaire ou en détention provisoire n'est pas sans influence sur son consentement à être jugé immédiatement.

En effet, lorsque l'on sait d'une part que le déficit de préparation initiale ne permet pas de donner tous les éléments nécessaires et salvateurs<sup>34</sup> pour obtenir un contrôle judiciaire et d'autre part que l'issue du débat judiciaire sur le placement conduit en majorité à la détention provisoire<sup>35</sup>, la prise en compte de ces informations par le prévenu avant l'audience l'influence nécessairement dans son – non – choix à être jugé immédiatement<sup>36</sup>. Enfin, la défense se retrouve véritablement dans une impasse puisque la demande de report conduit généralement à la détention pour une période quasi-systématiquement couverte par la condamnation<sup>37</sup>.

Et dans l'hypothèse où le prévenu consent à être jugé immédiatement, l'audience se déroule sur un rythme élevé à l'image de l'ensemble de la procédure.

**284.** L'audience, phase judiciaire généralement favorable à la mise en œuvre des droits et des principes se retrouve également conditionnée par la vitesse de la procédure, ce temps compressé et orienté vers la sanction. Pourtant, l'audience de comparution immédiate est semblable à celle issue d'une COPJ. Dans son déroulement, elle connaît le même rituel, la même recherche de vérité à travers le débat. Sous l'angle des principes du contradictoire et de l'égalité des armes, les droits de la défense sont identiques, en apparence au moins, avec le droit commun. Cependant, la gestion du temps à l'audience tend à abolir l'intensité des principes sans invalider leur identité.

La défense est entièrement libre de s'exprimer, de contester les faits, de discuter les preuves, mais elle est contrainte de le faire dans le temps extrêmement réduit de l'audience. Elle peut critiquer le dossier, relever des incohérences et des nullités mais la brièveté de la consultation limite en réalité ces possibilités. Dans sa plaidoirie, le conseil peut avancer des éléments de personnalité, tenter d'apporter des explications familiales ou sociales en se fondant sur les dires de son client, seulement le temps imparti en amont de l'audience lors de leur entretien reste insuffisant et contingente ainsi la plaidoirie sur des éléments de fond essentiels.

---

celle du jugement. Mais les inégalités relatives au temps, au conditions matérielles dont dispose la défense pour s'organiser perdure notamment en ce qui concerne le débat contradictoire devant le Juge des Enfants amené à statuer sur la nature du placement du délinquant.

<sup>33</sup> Cf. infra n°318 et s.

<sup>34</sup> Il peut s'agir de toute pièce qui tend à démontrer des gages de représentation, d'équilibre et de stabilité sur la situation familiale, sociale et économique du prévenu. Ces éléments sont indispensables aux magistrats pour soulever avec justesse les intérêts antinomiques en jeu. Normalement, les enquêtes sociales rapides sont censées répondre à ces interrogations ; cependant, selon les magistrats, elles se révèlent « *trop succinctes, descriptives, trop floues du fait du peu de temps alloué à leur réalisation* ». **FAGET**, Jacques. *Les enquêtes sociales rapides*. Rev. sc. crim. oct. 1997, p.731.

<sup>35</sup> **AUBUSSON** de **CAVARLAY**, Bruno., **HURE**, Marie-Sylvie. op. cit. p.113.

<sup>36</sup> Ces éléments statistiquement prouvés démontrent leur influence, mais il faut également compter avec des vecteurs d'intervention informels et humains plus officieux comme le nombre d'affaires inscrites au rôle, l'horaire de l'audience, la personnalité du président...

<sup>37</sup> Ibid. idem. p.113.

Sur le plan probatoire, la défense garde le droit de faire citer « *sans délai et par tout moyen* » les témoins de son choix<sup>38</sup>. Depuis la loi du 9 mars 2004, elle bénéficie même de la possibilité de « *demander au tribunal d'ordonner tout acte d'information qu'il estime nécessaire à la manifestation de la vérité relatif aux faits reprochés ou à la personnalité de l'intéressé* »<sup>39</sup>. Ce droit marque un progrès significatif des droits de la défense, comparable à celui instauré en matière d'instruction. Sur le plan de l'égalité des armes, une faculté d'impulsion lui est reconnue. Elle participe à l'équilibre *in abstracto* entre les parties.

Cependant, en pratique, ce droit est de suite entravé par l'effet pervers inhérent à son action. En effet, l'octroi d'une demande d'acte par le Tribunal signifie d'une part que l'audience est renvoyée à une date ultérieure, et surtout que la juridiction doit se prononcer, en attendant, sur le statut du prévenu<sup>40</sup>. Solliciter des investigations, reviens donc pour la défense, à prendre le risque de passer le temps de l'instruction en détention provisoire.

Enfin, il est superfluetatoire d'ajouter que le rythme entretenu lors d'une comparution immédiate est particulièrement soutenu, au point de confondre la célérité de la justice avec une justice expéditive. Entre la commission de l'infraction et la décision du tribunal, il s'écoule un délai de vingt-quatre à quarante-huit heures. Si l'on considère le côté positif de cette procédure, il est possible de mettre en avant la grande réactivité de l'État – à travers les institutions police et justice – dans sa mission de protection des individus et de sanction des infractions qui nuisent gravement à l'ordre public. Sa réactivité démontre sa capacité d'adaptation et elle se veut reconnaître une dimension prophylactique. À l'opposé, la célérité de la comparution immédiate donne l'image d'une justice expéditive, une justice « d'abattage » où les faits et la personnalité du prévenu sont survolés, où les droits de la défense sont présents, respectés mais inadaptés à ce rythme diligent. Pour s'en convaincre, il suffit de lire les compte-rendu d'audience dans la presse ou les ouvrages<sup>41</sup> traitant de la comparution immédiate, ils décrivent tous une justice débordée, une défense inadaptée et des magistrats pressés.

En définitive, les droits existent, *in abstracto*, ils sont garantis par les principes du contradictoire et de l'égalité des armes. Notre législateur a bien tenté – et tente toujours – de concilier la célérité des procédures avec les droits de la défense. Mais le temps de la défense ne correspond pas à celui de l'accusation. L'examen *in concreto* révèle que la gestion du temps en comparution immédiate tend à suppléer la force des principes sans pour autant abroger leur identité.

Tout en partageant les mêmes buts, mais sous une forme processuelle autre, les procédures simplifiées exposent une nouvelle problématique à l'exercice des droits et des principes : le contournement du procès.

## B – Le contournement du procès

<sup>38</sup> Art. 397-5 du C. pr. pén. Cass. crim. 18 avril 1988, Bull. crim. n°161.

<sup>39</sup> Art. 397-1 du C. pr. pén. S'il refuse de faire droit à cette demande le tribunal doit rendre un jugement motivé.

<sup>40</sup> Cf. § supra sur les enjeux autour de la détention provisoire et du contrôle judiciaire.

<sup>41</sup> Pour illustrer notre propos, devant le Tribunal correctionnel de Marseille en 2000, un multirécidiviste est poursuivi en comparution immédiate pour insulte auprès d'un agent des forces de l'ordre suite à un contrôle d'identité. Il était en situation irrégulière. « *L'avocate jette "juste trois mots" pour sa défense et se tourne vers ses confrères, deux minutes plus tard, l'air impuissant. Une minute de réflexion du tribunal. Trois ans de prison ferme* ». SIMONNOT, Dominique. *Justice en France. Une loterie nationale*. Éd. de la Martinière, 2003, p.8 ; V. HENNION, Christian. *Chronique des flagrants délits*. Éd. Stock, 1976.

**285.** Par nature, les procédures simplifiées<sup>42</sup> telles que l'amende forfaitaire, l'ordonnance pénale et la nouvelle procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC), portent atteinte à la défense puisqu'elles poursuivent comme but, le contournement du procès, phase d'exercice privilégiée des droits de la défense (1). Toutefois, l'élément fondamental de ces modes de poursuite au niveau des droits et des principes n'est pas tant une absence apparente qu'une libre disposition laissée au mis en cause de les exercer s'il en a besoin. En fait, les principes sont suffisamment présents et puissants pour ne pas remettre en cause la garantie des droits de la défense (2).

### 1) Des droits de la défense menacés ?

**286.** Les procédures simplifiées portent a priori atteinte aux principes en ce sens qu'elles partagent un fondement commun : l'évitement de l'audience devant la juridiction traditionnellement compétente. La création successive de procédures simplifiées répond à un état de saturation rémanent de notre système judiciaire<sup>43</sup>. Le contournement du débat judiciaire est à la fois à l'origine et l'objectif poursuivi par ces procédures. Face aux contingences structurelles et fonctionnelles inhérentes au bon fonctionnement de notre système pénal, le législateur a fait le choix d'une économie des moyens au détriment de la procédure et des droits. Comme l'écrivaient déjà les professeurs Merle et Vitu à propos de la procédure simplifiée en matière de contravention, « *la souplesse et la simplicité de la procédure nouvelle ne pouvaient être obtenues, [...] qu'en se débarrassant de certains principes essentiels de la procédure pénale* ».

L'ordonnance pénale et l'amende forfaitaire permettent de condamner un contrevenant en dehors de tout débat judiciaire. La nouvelle procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité exige du délinquant une reconnaissance expresse des faits et une acceptation formelle de la peine.

**287.** La procédure d'amende forfaitaire est introduite dans notre droit positif par un décret-loi du 28 décembre 1926<sup>44</sup> pour remédier à l'inefficacité du système juridictionnel en matière d'infractions routières<sup>45</sup>. Le rapporteur du texte déplorait déjà à l'époque, un recours intempestif au classement sans suite pour gérer les flux et les stocks de procédures. En outre, il relevait des difficultés de recouvrement des amendes pénales<sup>46</sup>. Le succès de la nouvelle

---

<sup>42</sup> Elles sont qualifiées ainsi par le législateur et classées parmi les procédures simplifiées aux articles 495 à 495-16 et 524 à 530-3 du Code de procédure pénale.

<sup>43</sup> L'encombrement des juridictions pénales est un mal persistant malgré les nombreuses procédures d'évitement du procès comme les procédures simplifiées ou les procédures alternatives aux poursuites. L'ordonnance pénale représentait 65 % des poursuites devant le tribunal de police en 2004. Les procédures alternatives aux poursuites représentaient près du quart de la réponse pénale délictuelle en 2004, Cf. supra n°67. Or, la durée moyenne de traitement des affaires pénales ayant atteint le stade du jugement s'est stabilisée à 11,1 mois en 2002. En matière criminelle, le délai imputable à l'institution judiciaire a été de 32,5 mois (22,7 mois pour le déroulement de l'instruction, 9,8 mois pour le délai d'audiencement), en hausse par rapport à 2001 (30,9 mois).

<sup>44</sup> Décret-loi du 28 décembre 1926 relatif à l'unification des compétences en matière de circulation et de conservation des voies publiques. JO du 30 décembre 1926, pp.13698-13700.

<sup>45</sup> **LE PAGE-SEZNEC**, Brigitte. *Fondement des amendes forfaitaires pour infraction au Code de la route*. Rev. sc. crim. 1996, p.839.

<sup>46</sup> L'exécution des peines d'amendes est un domaine sensible sur lequel il existe très peu de statistiques en raison notamment de la complexité des chiffres et d'un manque de transparence. Toutefois, le rapport d'information du Sénat sur la délinquance maltraitée a permis de déterminer avec précision l'inefficacité du système de



procédure conduit tout d'abord le législateur à étendre le champ d'application de la procédure, aux infractions de stationnement<sup>47</sup>. Mais l'encombrement endémique des juridictions le convainc de simplifier la procédure une première fois en 1972, avant d'opérer une contraventionnalisation des délits en 1985 et d'inciter à son paiement immédiat en 1989<sup>48</sup>. Finalement, la loi du 23 juin 1999 octroie au pouvoir exécutif une liberté d'action lui permettant d'étendre à volonté la procédure d'amende forfaitaire à d'autres infractions, par simple décret. Désormais, cette procédure s'applique également en matière d'environnement, de parcs nationaux, d'animaux domestiques et autres<sup>49</sup>, même si le contentieux routier reste quantitativement le plus important<sup>50</sup>.

La procédure de l'amende forfaitaire est non contradictoire. Il n'existe pas de débat, de discussion ou d'échange d'arguments *inter partes* devant une juridiction, même si, selon Platon « *la loi sans un magistrat pour l'appliquer est un corps sans âme* ». La confrontation entre les parties est réduite au minimum. Elle se manifeste au moment où l'agent verbalisateur dresse le procès-verbal au contrevenant. Il est alors difficile à ce dernier de contester la réalité de l'infraction en raison de sa nature purement matérielle<sup>51</sup>. En outre, nombre de contraventions, telles que les infractions au stationnement ou les excès de vitesse relevés par les radars automatiques, sont constatées hors la présence des intéressés. Lorsque la situation le permet, le contrevenant a le choix entre s'acquitter immédiatement du montant de l'amende forfaitaire entre les mains de l'agent verbalisateur, ou le régler ultérieurement par l'envoi d'un timbre amende au service compétent. En cas de non paiement dans un délai de trente jours et en l'absence de toute contestation de la part du contrevenant, l'amende forfaitaire est majorée de plein droit et recouvrée au profit du Trésor Public en vertu d'un titre individuel ou collectif rendu exécutoire par l'officier du ministère public<sup>52</sup>. Cette procédure se veut simple, rapide, et dissuasive de toute discussion.

**288.** La procédure simplifiée dite de l'ordonnance pénale est une procédure judiciaire, écrite, et non contradictoire. Issue de la procédure allemande de *Strafbefehl*<sup>53</sup>, introduite en Alsace Lorraine à l'époque de l'annexion, elle est provisoirement maintenue en vigueur par un décret du 25 novembre 1919 lors du retour des provinces à la France. Simple,

---

recouvrement. Plus d'une amende sur deux n'est pas recouvrées. In Rapport du Sénat n°513 par H. Haenel, annexe au procès-verbal de la séance du 18 juin 1998 sur les infractions sans suite ou la délinquance maltraitée.

Disponible sur : <http://www.senat.fr/rap/r97-513/r97-513.html> [consulté le 08/07/2007]

<sup>47</sup> Loi n° 66-484 du 6 juillet 1966 tendant à simplifier le paiement de l'amende forfaitaire.

<sup>48</sup> Loi n° 72-5 du 3 janvier 1972 tendant à simplifier la procédure applicable en matière de contravention ; Loi n° 85-1407 du 30 décembre 1985 portant diverses dispositions de procédure pénale et de droit pénal ; Loi n° 89-469 du 10 juillet 1989 relative à diverses dispositions en matière de sécurité routière et en matière de contravention.

<sup>49</sup> Cf. Art. 529 et s. du C. pr. pén. et R. 48-1 du même code modifié par le Décret n° 2002-801 du 3 mai 2002. Il définit la liste des contraventions des quatre premières classes pour lesquelles cette procédure est applicable.

<sup>50</sup> Pour information, les forces de police et de gendarmerie ont constaté plus de vingt millions d'infractions au Code de la route en 2003. V. Rapport du Ministère de l'Intérieur sur les infractions au Code de la route en 2003. Disponible sur : [http://www.interieur.gouv.fr/rubriques/a/a7\\_statistiques\\_securite\\_routiere/a72\\_code\\_de\\_la\\_route/Annee\\_2003](http://www.interieur.gouv.fr/rubriques/a/a7_statistiques_securite_routiere/a72_code_de_la_route/Annee_2003) [consulté le 08/07/2007]

<sup>51</sup> La faute contraventionnelle est qualifiée de matérielle par la doctrine puisqu'elle consiste en la simple inobservation d'une prescription légale ou réglementaire, qui ne suppose ni intention de violer la loi pénale, ni même imprudence ou négligence. V. **DESPORTES**, Frédéric., **LE GUNEHEC**, Francis. *Le nouveau droit pénal*. Coll. Droit pénal, Éd. Economica, t. 1, Droit pénal général, 1997, n°499.

<sup>52</sup> Le titre exécutoire obéit aux règles relatives à l'exécution des jugements de police. Cf. art. 530 C. pr. pén. Cass. crim. 04 mai 1987.

<sup>53</sup> § 407 et s. du Code de procédure pénale allemand.

rapide et peu coûteuse<sup>54</sup>, l'ordonnance pénale s'exerce dans les départements du Rhin et de la Moselle avant d'être étendue à l'ensemble du territoire par la loi du 3 janvier 1972<sup>55</sup>. Circonscrite exclusivement aux contraventions<sup>56</sup>, elle s'est rapidement imposée comme la procédure ordinaire de jugement<sup>57</sup> de cette catégorie d'infractions. Cependant, son champ d'application connaît également une ouverture aux délits routiers avec la loi du 9 septembre 2002<sup>58</sup>. Sur un plan strictement textuel, le législateur a entendu limiter l'application de cette procédure à un nombre réduit de délits, mais dans la réalité judiciaire ils représentent le contentieux routier de masse.

Sa rapidité repose essentiellement sur sa simplicité et sur son principe d'évitement de l'audience alors que son efficacité dépend davantage de son utilisation à bon escient. En effet, le choix opéré par le ministère public en faveur de ce circuit repose d'une part sur l'établissement des faits reprochés par les services d'enquête, et d'autre part sur la suffisance des renseignements concernant la personnalité de l'auteur, notamment ses charges et ses ressources<sup>59</sup>. Le magistrat du parquet saisit le juge de police en lui communiquant le dossier de la poursuite et ses réquisitions. Après étude du dossier, soit le juge statue sans débat préalable par une ordonnance pénale portant relaxe ou une condamnation à une amende, ainsi que le cas échéant à une ou plusieurs peines complémentaires<sup>60</sup>, soit il estime qu'un débat contradictoire est utile et il renvoie alors le dossier au ministère public aux fins de saisine du Tribunal de Police. Suite à sa décision, le juge transmet l'ordonnance au parquet aux fins de notification à l'intéressé. En effet, le prévenu n'a été entendu que par le service enquêteur, il n'a pas eu l'opportunité de venir s'exprimer devant le juge ou le Tribunal, ni davantage eu la possibilité de se faire représenter par un avocat. Le président statue en chambre du conseil sans débat préalable et le contrevenant a seulement connaissance de sa décision par voie postale. Comme pour l'amende forfaitaire, cette procédure se veut simple, rapide et performante au détriment du principe du contradictoire et des droits de la défense. La célérité et le contournement de l'audience sont également à l'origine de la création de la CRPC.

**289.** Inspirée des procédures anglo-saxonnes, mal nommée "plaider coupable"<sup>61</sup>, la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC) permet au procureur de la

---

<sup>54</sup> LORENTZ, Jean., VOLFF, Jean. *L'ordonnance pénale : une procédure simple, rapide et peu coûteuse*. JCP 1968, I, n°2192.

<sup>55</sup> Loi n° 72-5 du 03 janvier 1972 relative à la procédure applicable en matière de contravention. V. LORENTZ, Jean., VOLFF, Jean. *La procédure simplifiée ou l'adaptation de la procédure d'ordonnance pénale au droit français*. Gaz. Pal. 1972, n°1, chron. p.274.

<sup>56</sup> Toute contravention de police, même commise en état de récidive, peut être soumise à cette procédure à l'exception des contraventions du droit du travail, celles de 5<sup>e</sup> classe commises par un mineur ou encore celles pour lesquelles la victime a fait citer directement le prévenu devant le tribunal de police.

<sup>57</sup> Selon les statistiques de la DACG, l'ordonnance pénale représente 60 % du mode de poursuite devant le Tribunal de police et 70 % des affaires effectivement traitées par ce dernier en 2003.

<sup>58</sup> Art. 42 de la Loi n° 2002-1138 du 09 septembre 2002.

<sup>59</sup> Ces conditions d'application expressément prescrites pour les délits à l'article 495 du Code de procédure pénale sont également respectées en pratique pour les contraventions. Dans l'hypothèse inverse, le ministère public prendrait des risques de renvoi à l'audience de la part du juge pénal et un taux d'oppositions important de la part des contrevenants, synonymes de retour dans le circuit classique, donc d'un encombrement de la juridiction et à terme, d'un ralentissement dans le traitement des affaires pénales.

<sup>60</sup> Depuis la Loi n° 99-515 du 23 juin 1999, le magistrat peut condamner le contrevenant à une peine complémentaire telle que la suspension ou la confiscation du permis de conduire, le retrait du permis de chasser ou encore l'exécution d'une peine de travail d'intérêt général.

<sup>61</sup> DANET, Jean. *La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. Ceci n'est pas un plaider coupable*. Rapport de synthèse du Colloque organisé par le Barreau de Versailles, le 28 novembre 2003 ;

République de proposer une peine à la personne qu'il envisage de poursuivre pour un délit puni d'un maximum de cinq ans d'emprisonnement et qui reconnaît en être l'auteur.

Issue de la loi du 9 mars 2004<sup>62</sup>, elle est une procédure hybride à la jonction des procédures alternatives aux poursuites et des modes de poursuite simplifiés. Le champ d'application, la reconnaissance des faits, l'absence de négociations ou encore la phase de "validation judiciaire" sont autant d'éléments en rupture avec nos traditions que la CRPC partage avec la composition pénale<sup>63</sup>. Cependant, la première exécute des mesures tandis que la seconde applique des peines. Ce qui semble n'être a priori qu'une différence de degré se révèle être une véritable divergence de nature. De fait, les apparences sont trompeuses. En dépit des similitudes, on retrouve en l'espèce la distinction classique entre une mesure alternative aux poursuites, la composition pénale, et une modalité particulière de l'engagement des poursuites, que représente la CRPC dont l'aboutissement est le prononcé d'un jugement immédiatement exécutoire.

Elle s'inscrit définitivement dans la continuité de l'évolution et des finalités de l'ensemble des procédures alternatives et des procédures simplifiées de jugement<sup>64</sup>. Elle vise à éviter les contingences – matérielles, humaines, financières et surtout temporelles – d'une audience dès lors qu'un accord est intervenu entre les parties sur la culpabilité, le choix de la ou des peines et de leur quantum. La chancellerie entend juger ainsi des affaires simples avec le consentement du délinquant dans le but de libérer des plages de temps utile d'audience pour l'examen des procédures d'une grande complexité.

Au plan européen, ce nouveau mode de traitement du contentieux n'est ni original ni spécifique à la France. Dans les pays d'Europe continentale comme en Allemagne, en Italie, en Espagne ou au Portugal, il existe des procédures qui s'inspirent du "plaider coupable" – de l'idée d'une simplification de la procédure lorsque le mis en cause reconnaît les faits – plus qu'elles s'en approchent, à l'image de notre CRPC, alors que la partie Anglo-Saxonne de l'Europe le considère comme un élément fondamental de sa procédure pénale, et l'exerce de façon inconditionnelle<sup>65</sup>. Plus de 90 % des personnes jugées devant une *Magistrates' court* et 60 % devant une *Crown court*, plaident coupable.

**PAPADOPOULOS** Ioannis. (dir.). *Plaider coupable. La pratique américaine, le texte français*. Éd. P.U.F., 2004.

<sup>62</sup> Loi n° 2004-204 du 09 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, art. 137 ; Art. 495-7 à 495-16 du Code de procédure pénale. Cons. Const. 02 mars 2004, n°2004-492 DC, JO 10 mars 2004, p.4637. V. **LE GUNEH** Francis. *Aperçu rapide de la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*. JCP 2004, p.657 ; **MOLINS**, François. *La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*. Rép. pr. pén. Dalloz, 2004 ; *Plaidoyer pour le "plaider coupable" : des vertus d'une peine négociée*. AJ pénal 2003, p.61 ; **CHARVET**, Dominique. *Réflexions autour du plaider coupable*. D. 2004, chron. 35, p.2517 et s. ; **DELAGE** J.-P. *La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*. D. 2005, p.1970 ; **GIUDICELLI** André. *Repenser le plaider coupable*. Rev. sc. crim., 2005, p.592. Disponible sur : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2004/2004492/index.htm> [consulté le 08/07/2007]

<sup>63</sup> La proximité de ces deux nouvelles institutions autorise l'auteur à renommer assez justement la CRPC de "composition pénale aggravée". **DANET**, Jean. Ibid. idem ; **CERE**, Jean-Paul., **REMILLEUX**, Pascal. *De la composition pénale à la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : le "plaider coupable" à la française*. AJ pénal 2003, p.45.

<sup>64</sup> Le secrétaire général du Conseil constitutionnel, conseiller d'État, a relevé que l'objectif essentiel de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité "est le même que celui de la loi du 23 juin 1999 pour la composition pénale, ou de la loi du 9 septembre 2002 pour l'ordonnance pénale : alléger les audiences correctionnelles aujourd'hui dramatiquement engorgées, surtout en comparution immédiate". **SCHOETTL**, Jean-Eric. in Les Cahiers du Conseil constitutionnel, 2004, n°16 ; V. Gaz. Pal. du 11 avril 2004.

<sup>65</sup> Étude de législation comparée du Sénat. *Le plaider coupable*. Juin 2003, LC 122. Disponible sur : <http://www.senat.fr/lc/lc122/lc122.html> [consulté le 08/07/2007]

**290.** L'efficacité de la CRPC est un pari audacieux sur la problématique coût/avantage intégrée par le délinquant. Sur la base de conditions préalables drastiques<sup>66</sup>, un magistrat du parquet propose une peine minorée – par rapport à la peine que le Tribunal correctionnel serait en pratique susceptible de prononcer – au mis en cause en présence de son avocat. Dans l'hypothèse où les deux parties trouvent un accord, celui-ci doit être homologué par un juge du siège afin qu'il entraîne tous ses effets, c'est-à-dire un jugement de condamnation immédiatement exécutoire.

En application depuis seulement octobre 2004, le bilan des praticiens est réservé<sup>67</sup>, même si les premiers chiffres témoignent de son efficacité<sup>68</sup>, il se pose de façon plus certaines des questions à l'égard des principes et des droits.

Le respect formel de la contradiction au sein de la CRPC constitue un paradoxe. Le principe du contradictoire est un outil processuel qui permet d'approcher la vérité judiciaire de la réalité des faits d'une part, et de garantir les droits de la défense d'autre part. En l'espèce, la vérité judiciaire ne trouve nullement son origine dans la contradiction. Elle est uniquement basée sur les aveux passés en garde à vue. En outre la reconnaissance des faits constitue une condition préalable de la CRPC. Enfin, la contradiction devant le magistrat du parquet et du siège ne s'entend pas dans son sens classique de recherche de la vérité, pas plus qu'elle ne garantit les droits de la défense traditionnels. L'enjeu de la culpabilité est par nature – en principe – inexistant et celui de la peine réduit à son minimum.

De façon plus probante, la CRPC porte également atteinte au principe de l'égalité des armes en ce sens qu'elle modifie l'équilibre entre l'accusation et la défense. L'ancien Ministre de la Justice, Robert Badinter, résume ainsi la répartition des pouvoirs au sein de la nouvelle procédure : « *un procureur tout-puissant, un avocat suppliant et un juge contrôleur* »<sup>69</sup>. Le parquet est « *tout-puissant* » parce qu'il ne se contente plus de diriger les enquêtes et d'orienter les procédures ; à présent, il intervient dans la phase de jugement, non pas au moyen d'un réquisitoire, mais en déterminant la nature, la durée et le quantum de la peine, un exercice revenant traditionnellement à un magistrat du siège, garant des libertés individuelles. La place et le rôle du défenseur sont inédits. Il n'est plus le contradicteur naturel de l'accusation, il devient par nécessité son cocontractant. Non seulement, on assiste à une

---

<sup>66</sup> Selon le texte et sa circulaire d'application, il existe quatre conditions cumulatives à la mise en œuvre de la CRPC. Pour commencer, il doit exister une certaine prévisibilité de la sanction que le tribunal correctionnel pourrait être amené à prononcer s'il était saisi. À défaut en effet, il ne serait pas possible pour le mis en cause et son avocat d'apprécier en toute connaissance de cause le bien fondé des peines proposées par le procureur de la République et de les accepter afin d'éviter une poursuite devant le tribunal. Ensuite, l'affaire ne doit pas justifier une audience devant le tribunal correctionnel en raison de la nature des faits ou de la personnalité de l'auteur. Par ailleurs, l'affaire doit être simple et en état d'être jugée. Enfin et surtout, le mis en cause doit reconnaître les faits qui lui sont reprochés. La reconnaissance est préalable à sa mise en œuvre, elle ne fait nullement l'objet d'un marchandage (reconnaissance contre une peine atténuée) en cours de procédure. Cf. § 1.2.2 Circ. du 02 septembre 2004, BOMJ n°95, relative à la CRPC.

<sup>67</sup> **MOLINS**, François. *Contribution pour un premier bilan de la CRPC dans une grosse juridiction*. AJ pénal 2005, p.443. **DANET**, Jean. *La CRPC : un an après...* AJ pénal 2005, p.433.

<sup>68</sup> Sur un total de 3351 affaires traitées par la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité la cause principale d'échec de la procédure réside dans la non-comparution du prévenu à la suite de sa convocation, seuls 5,7 % des personnes poursuivies ayant fait l'objet d'un déferement. En effet 494 personnes ne se sont pas présentées, tandis que seulement 75 ont refusé la peine proposée. L'homologation de la proposition du parquet a été refusée dans 115 cas alors qu'il y a eu homologation dans 2667 autres. Il en résulte que la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité connaît un taux de succès de 79,6 % si l'on tient compte des non-comparutions mais de 94,3 % si l'on se réfère aux seules affaires soumises à l'homologation. V. Rapport du conseiller rapporteur sur l'avis du 18 avril 2005 de la Cour de cassation. Disponible sur : [http://www.courdecassation.fr/avis/classement/annees/2005/avis20050418\\_0050004\\_rapport.htm](http://www.courdecassation.fr/avis/classement/annees/2005/avis20050418_0050004_rapport.htm) [consulté le 08/07/2007]

<sup>69</sup> Le Monde, 28 janvier 2004.

privatisation<sup>70</sup> de la sanction, mais seule la partie poursuivante définit les termes de la convention, à savoir la nature et le quantum de la peine. La défense est uniquement libre d'accepter ou de refuser le contrat d'adhésion<sup>71</sup> proposé. Mais est-elle véritablement libre de ce choix ?<sup>72</sup> Le magistrat du siège est tout aussi passif que la défense dans cette procédure, sa liberté d'action se limite à accorder ou à rejeter dans son intégralité l'accord, sans aucune possibilité d'en modifier le contenu.

Enfin, en se fondant sur l'adage populaire qu' "*un mauvais contrat vaut mieux qu'un bon procès*" lorsque la défense est elle-même à l'initiative de la procédure, quels sont les gardes fous contre une dérive processuelle à l'image du système américain ? La pratique du *plea bargaining* dans le système pénal anglo-saxon représente 90 à 95 % des condamnés<sup>73</sup>. La dérive de ce système vient du fait que mêmes les innocents pris dans les filets judiciaires sont contraints de plaider coupable afin de s'en sortir à court ou moyen terme de façon certaine car l'hypothèse du procès véhicule un aléa judiciaire trop important pour prendre le risque de démontrer son innocence. Comment prétendre que notre CRPC est à l'abri de ces effets pervers ?

À l'image de la CRPC, les procédures simplifiées laissent entrevoir a priori des atteintes aux principes et aux droits. Sans remettre en cause ces constatations critiques, il est néanmoins légitime et nécessaire d'en relativiser la portée.

## 2) Des droits de la défense protégés

**291.** Contrairement aux apparences, les caractéristiques des procédures simplifiées telles que la simplicité des diligences, la célérité des traitements, l'efficacité des mesures et le contournement de l'audience ne sont pas définitivement incompatibles avec la garantie des droits.

Les contentieux de masse constituent une réalité du terrain qu'il est difficile de conjuguer avec des considérations processuelles protectrices des libertés individuelles. Pourtant, les procédures simplifiées tendent à résoudre cette quadrature du cercle. La nature des infractions traitées par l'amende forfaitaire ou l'ordonnance pénale, la volonté des contrevenants et des représentants de la société, et les possibilités de voies de recours offertes par ces procédures démontrent d'une part un strict respect des droits de la défense et d'autre part qu'une ouverture systématique des débats devant une juridiction n'est ni légitime ni en l'espèce nécessaire ou utile.

---

<sup>70</sup> Nous entendons par privatisation, le phénomène de contractualisation de la peine qui se définit en l'espèce par la rencontre d'une offre et d'une acceptation.

<sup>71</sup> Malgré les contingences processuelles incompressibles et nécessaires à la vérification du consentement, la CRPC est considérée comme simplifiée parce qu'elle ne laisse aucune place à la contestation. En ce sens, elle s'apparente à un contrat d'adhésion.

<sup>72</sup> DANET, Jean. Op. cit. « *Ainsi, avec la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, le procureur, après avoir lu le dossier de l'enquête de police, fera comparaître devant lui au terme de la garde à vue le suspect qui aura passé des aveux. Il lui proposera une peine pouvant aller jusqu'à un an de prison. Si l'offre est rejetée, alors ce sera pour le suspect la comparution immédiate devant le tribunal et la perspective d'une condamnation plus sévère, qui sera requise par le procureur. Quel prévenu résistera ? Quel avocat conseillera à son client de refuser la proposition au risque de le voir condamné à une peine plus sévère que celle proposée ? L'égalité des armes, dans cette procédure, c'est le pot de fer contre le pot de terre. Quant au juge, il ne lui restera plus qu'à avaliser "l'accord" ou le rejeter, sans pouvoir même proposer une modification* ».

<sup>73</sup> Étude de législation comparée du Sénat. *Le plaider coupable*. Juin 2003, LC 122 ; INCHAUSPE, Dominique. *L'innocence judiciaire*. Éd. Litec, 2001, p.244.

En 2003, les services habilités à dresser procès-verbal pour infraction au Code de la route ont constaté la commission de plus de 20,5 millions d'infractions<sup>74</sup>. Parmi celles-ci, près de 60 % correspondent à des contraventions aux règles de stationnement pour lesquelles le rituel judiciaire est parfaitement superfétatoire. Le ministère public doit gérer un principe de réalité avec des capacités de traitement juridictionnel nettement insuffisantes pour permettre à chaque dossier d'être audiencé. Et dans l'hypothèse d'une adaptation des moyens, l'atteinte à l'ordre public est généralement d'une trop faible intensité pour justifier la saisine d'une juridiction. Il ne suffit pas uniquement d'avoir les capacités nécessaires à juger pour renvoyer une affaire devant une juridiction, encore faut-il avoir un intérêt à agir<sup>75</sup>. De la même façon, les contrevenants eux-mêmes ne souhaitent pas nécessairement s'expliquer en audience publique sur leur comportement infractionnel. En général, il préfère la discrétion d'une sanction pécuniaire<sup>76</sup>. Si aucunes des parties ne souhaitent un débat contradictoire à armes égales devant un juge ou n'en ressentent pas le besoin, la saisine d'une juridiction pour apprécier l'infraction se révèle inopportune, inadéquate, et disproportionnée<sup>77</sup>. Les droits et les principes ne constituent pas une fin en soi, ils doivent s'appliquer à bon escient. Cela n'implique nullement que le champ d'application des procédures simplifiées reste exclusif des règles du procès équitable. Seulement, celles-ci doivent s'exercer de façon opportune.

**292.** L'élément fondamental de ces modes de poursuite sur le plan des droits et des principes n'est pas tant une absence apparente que la possibilité laissée au mis en cause de les exercer, s'il s'avère en avoir besoin.

Pour l'amende forfaitaire – majorée – comme pour l'ordonnance pénale, le contrevenant a toujours la possibilité de contester le bien fondé de l'infraction<sup>78</sup>, avant de pouvoir s'en expliquer devant une juridiction. La décision du Conseil constitutionnel<sup>79</sup> rappelle explicitement que les modes de poursuites accélérés ne sont nullement dispensés de respecter

---

<sup>74</sup> Rapport du Ministère de l'Intérieur sur les infractions au Code de la route en 2003, p.3.

Disponible sur : [http://www.interieur.gouv.fr/rubriques/a/a7\\_statistiques\\_securite\\_routiere/a72\\_code\\_de\\_la\\_route?theme=2003](http://www.interieur.gouv.fr/rubriques/a/a7_statistiques_securite_routiere/a72_code_de_la_route?theme=2003) [consulté le 08/07/2007]

<sup>75</sup> C'est la politique pénale instiguée par le Garde des Sceaux et les procureurs Généraux près la Cour d'appel qui fixe les directives, les objectifs et la politique des parquets. À titre d'illustration, une affaire qui remplit les conditions préalables à un mode de poursuite simplifié ne signifie pas pour autant qu'elle suivra cette procédure spécifique. En raison de la nature des faits ou de la personnalité de leur auteur, le parquetier peut estimer qu'au regard de l'intérêt de la société, il est plus opportun de juger l'affaire en audience publique.

<sup>76</sup> Bentham avait déjà souligné l'intérêt de la sanction pécuniaire : « *l'amende à la qualité de l'économie à un degré éminent puisque le mal senti par celui qui paie se convertit en profit pour celui qui reçoit* ». BENTHAM, John. *Théorie des peines et des récompenses*. t. 1, p.340.

<sup>77</sup> À titre de comparaison, le règlement administratif d'une extension d'abri de jardin se résout généralement au plan communal. Il est rare – mais il reste possible – que le préfet, le conseil des ministres ou encore la commission européenne se saisissent du problème.

<sup>78</sup> En ce qui concerne l'amende, le mis en cause dispose d'un délai de 30 jours pour expliquer par une requête motivée, accompagnée de l'avis de contravention, les motifs de contestation ou d'exonération du procès-verbal. Au vu de la réclamation, l'officier du ministère public (OMP) peut soit renoncer à l'exercice des poursuites, soit recourir à l'ordonnance pénale, soit saisir le tribunal de police, soit aviser l'intéressé de l'irrecevabilité de la réclamation – non motivée ou non accompagnée de l'avis – selon l'article 530-1 Code de procédure pénale. Pour l'ordonnance pénale, dans un délai de 30 jours à compter de la notification de la décision, le contrevenant peut former une opposition par écrit ou par simple déclaration au greffe du Tribunal compétent. Cette diligence entraîne systématiquement un renvoi devant le tribunal de police dans sa procédure ordinaire. Art. 528 C. pr. pén.

<sup>79</sup> Décision n°2002-461 du 29 août 2002, JO 10 septembre 2002, p.14953, § 42. V. également Décision n°95-360 du 02 février 1995, JO 07 février 1995, p.2097.

Disponible sur : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2002/2002461/2002461dc.htm> [consulté le 08/07/2007]

les droits et les principes reconnus par l'article préliminaire de notre Code de procédure pénale.

Bien que caractérisées comme des procédures non contradictoires par la doctrine<sup>80</sup>, il nous faut pourtant reconnaître une manifestation de ce principe dans l'exercice des droits de la défense, tels que les voies de recours. Ces procédures conjuguent en leur sein une singulière antinomie. Elles sont non contradictoires dans le sens où elles ne permettent pas *ab initio* un échange d'arguments et une discussion entre les parties. Cependant elles ne sont pas totalement exclusives du principe puisque le mis en cause est informé par écrit de ses droits et des diligences nécessaires pour les faire valoir devant un magistrat du siège. Nonobstant les spécificités inhérentes à chaque procédure, elles précisent les conditions de recours, les délais, l'objet, les personnes, les motifs de contestation ou d'annulation, et la possibilité de se faire représenter par un avocat dans l'hypothèse d'une saisine du tribunal. Cette forme écrite du contradictoire est semblable à l'exercice du principe pendant la garde à vue lorsque la personne arrêtée prend connaissance de ses droits<sup>81</sup>. Elle est certes limitée au contenu du texte inscrit au dos du procès-verbal ou dans l'ordonnance pénale, néanmoins, il est suffisamment simple et explicite pour garantir leur compréhension et leur effectivité le cas échéant<sup>82</sup>. Cette manifestation du principe permet à la défense d'exercer en toute connaissance de cause ses droits, dont celui de bénéficier d'un accès à un tribunal impartial et indépendant<sup>83</sup>.

En ce qui concerne le principe de l'égalité des armes, le monopole exercé par l'officier du ministère public (OMP) dans la saisine du juge de police – par l'ordonnance pénale – ou le Tribunal de police ne manifeste que l'exercice de son pouvoir d'orientation des affaires. En outre, il ne constitue pas un net avantage de nature à privilégier une partie au détriment de l'autre puisque la défense dispose toujours, en dernier ressort, de la possibilité d'avoir accès à un tribunal. Mais encore faut-il que cette demande soit dans l'intérêt de la défense<sup>84</sup>.

La défense connaît ses droits et fait le choix de les exercer ou non en toute connaissance de cause, qu'il s'agisse d'une amende, d'une ordonnance pénale ou d'une CRPC.

**293.** La procédure de CRPC garantit une effectivité des droits de la défense en respectant les principes du contradictoire et de l'égalité des armes. Elle connaît une manifestation particulièrement renforcée du contradictoire par rapport à ses consœurs simplifiées ou alternatives. La nature contractuelle du principe prend le pas sur sa nature

<sup>80</sup> GUINCHARD, Serge., BUISSON, Jacques. *Procédure pénale*. Éd. Litec, 2005, pp.969-971.

<sup>81</sup> Cf. supra n°248 et s.

<sup>82</sup> Selon les statistiques de la DACG, en 2003, sur les 13 millions de saisines de l'officier du ministère public, seulement 5,7 % des procédures ont fait l'objet d'une contestation. Si le pourcentage reste faible, en quantité, cela représente pas moins de 752 914 demandes. Ce chiffre – relativement – important de contestations apporte s'il en était besoin une preuve indirecte d'une manifestation du contradictoire, et l'implication de ce dernier dans l'effectivité des droits de la défense.

<sup>83</sup> Civ. 2°, 16 mai 2002, Bull. civ. II, n°98. « *La procédure de l'amende forfaitaire majorée est compatible avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme car l'intéressé a la possibilité de faire valoir ses droits devant le tribunal de police à l'occasion d'un débat contradictoire* » ; CEDH du 21 février 1984, Aff. *Oztürk c/RFA*, Série A, n°73, § 56 « *Eu égard au grand nombre des infractions légères, notamment dans le domaine de la circulation routière, un État contractant peut avoir de bons motifs de décharger ses juridictions du soin de les poursuivre et de les réprimer. Cette tâche peut être confiée à des autorités administratives, dès lors que l'intéressé peut saisir un tribunal offrant les garanties de l'article 6 de toute décision prise à son encontre* » ; BERGER, Vincent. *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*. 10<sup>e</sup> Éd. Dalloz, 2007, p.371 et s. ; VOLFF, Jean. *L'ordonnance pénale en matière correctionnelle*. D. 2003, chron. p.2777.

<sup>84</sup> Lorsque le contrevenant reconnaît l'infraction et considère la peine comme juste et proportionnée, il n'est pas dans son intérêt d'activer les voies de recours dans l'unique but d'être jugé après un débat contradictoire devant un magistrat. Forcer la saisine du tribunal dans un but purement dilatoire revient à prendre le risque de voir sa peine initiale s'alourdir considérablement.

juridictionnelle. Elle ne tend pas à chercher la vérité, elle s'appuie sur l'aveu. Elle permet surtout à la défense de prendre une décision en toute connaissance de cause. Elle connaît une nouvelle dimension à la fois semblable et plus intense que celle recensée en matière de composition pénale. Son caractère informatif est omniprésent tout au long de la procédure, en raison de la gravité de l'enjeu : une peine acceptée qui peut représenter au maximum un an de détention. Ce trait du contradictoire est personnifié à travers la présence obligatoire de l'avocat. Il est choisi ou commis d'office pour renseigner, encadrer et conseiller le mis en cause sur le déroulement de la CRPC, ses effets, ses enjeux, et son opportunité vis-à-vis des autres circuits.

Outre l'assistance continue d'un avocat, ce dernier « *doit pouvoir consulter sur-le-champ le dossier* » pénal<sup>85</sup>. Comme la défense n'a pas accès aux preuves durant la phase policière, il est essentiel pour elle d'en connaître le contenu afin d'apprécier en toute connaissance de cause la proposition de peine. Dans l'hypothèse inverse, elle ne saurait sur quel élément fonder son consentement. Par ailleurs, la consultation du dossier permet à l'avocat de déceler les possibles nullités de forme et surtout les insuffisances de l'accusation. Les unes comme les autres peuvent se révéler pertinentes lors de la discussion devant le procureur de la République. Très souvent le dossier de l'accusation n'appréhende qu'une connaissance parcellaire et essentiellement financière du statut social de l'intéressé. L'entretien informel entre le conseil et le mis en cause, en cabinet ou dans les couloirs du Palais de Justice, juste avant la confrontation avec un magistrat du parquet, est souvent l'occasion d'approfondir cette situation personnelle brièvement décrite dans le dossier. Le conseil complète ainsi les insuffisances du dossier sur la personnalité de l'individu poursuivi. Cette résurgence du contradictoire de nature juridictionnelle donne au défenseur une vision globale de l'affaire. Elle lui permet de conseiller justement son client sur l'opportunité de la CRPC et surtout de peser sur la proposition de peine du parquet.

Devant le procureur de la République, l'avocat complète de façon plus exhaustive et précise que le dossier l'information concernant le statut social, familial, médical et personnel de son client. Cette intervention de la défense avant la proposition du parquet, dans le but de favoriser l'individualisation de la peine<sup>86</sup>, ne constitue ni une négociation, ni une diligence judiciaire obligatoire<sup>87</sup>, mais davantage une pratique consensuelle d'écoute de la part de l'accusation<sup>88</sup>. À la marge, s'il arrive qu'un avocat décèle une nullité dans la procédure, il ne fait aucun doute que cette dernière constituera un argument de poids qui interférera a minima sur la nature, la durée ou le quantum de la peine proposée. Mais à quel degré ?

**294.** Suite à la proposition de peine, la défense n'est pas contrainte de donner immédiatement sa réponse. À l'image du droit des contrats – ou l'acheteur bénéficierait d'un temps imparti pour lever l'option –, elle est avisée par le procureur de la République qu'elle

---

<sup>85</sup> Art. 495-8 du C. pr. pén.

<sup>86</sup> L'article 495-8 prévoit que le procureur de la République peut proposer à la personne d'exécuter une peine dont la nature et le quantum sont déterminés conformément aux dispositions de l'article 132-24 du Code pénal. Le procureur doit donc respecter dans sa proposition les principes d'individualisation et de proportionnalité prévus par cet article, en tenant compte des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur.

<sup>87</sup> La CRPC ne prévoit pas de négociation sur la peine entre l'avocat et le procureur de la République, qui est totalement libre de choisir la ou les peines qu'il entend proposer à l'auteur des faits, sans tenir aucun compte des éventuelles observations de l'avocat. Cf. § 2.2.3 Circ. du 02 septembre 2004, BOMJ n°95, relative à la CRPC.

<sup>88</sup> *ibid.* En tout état de cause, le procès-verbal de présentation, dans lequel figure le détail de la ou des peines proposées et qui n'est établi qu'à l'issue de la présentation, ne doit faire apparaître que la ou les peines définitivement proposées par le procureur de la République (qu'elles soient ensuite acceptées ou refusées par la personne), et non la ou les peines que le parquet a pu le cas échéant proposer dans un premier temps, avant d'être convaincu de modifier sa proposition.



dispose d'un délai de dix jours avant de faire connaître sa décision<sup>89</sup>. Elle peut ainsi s'entretenir librement avec son avocat, hors la présence du procureur de la République, avant de prendre sa décision. L'assistance d'un conseil à cet instant de la procédure est essentielle à la personne pour bien prendre en considération toutes les informations, les enjeux et la portée réelle de sa décision<sup>90</sup>. Au surplus, seul son avocat est en mesure de la renseigner sur la jurisprudence de la juridiction et des peines encourues.

La connaissance de la jurisprudence des juridictions n'est ni une fonction nouvelle ou inédite du travail de l'avocat ni une science exacte engendrant des certitudes. En pratique, il arrive régulièrement au défenseur d'informer son client des peines encourues et prononcées pour des affaires similaires à la sienne, seulement ses dires se limitent à un jeu de pronostics sans réelle incidence. Or, avec la CRPC, cette connaissance devient un enjeu. Elle fonde l'opportunité de la procédure même si des accords en amont, entre le Barreau, les magistrats du siège et du parquet ont pour but d'en limiter la portée. En effet, il résulte de la logique de la CRPC que la peine proposée soit inférieure au barème des peines susceptibles d'être prononcées par la juridiction de jugement afin d'inciter la personne à accepter la proposition du procureur<sup>91</sup>. Seulement, toutes les politiques pénales et autres accords de principes ne peuvent atténuer que les plus grandes disparités de peines au sein d'une juridiction sans jamais parvenir à une standardisation des peines<sup>92</sup>. Aussi, il appartient à l'avocat de conseiller l'intéressé au mieux de ses intérêts, même si ce dernier est entièrement libre de sa décision.

**295.** Lorsque la personne accepte la peine proposée, le procureur de la République saisit le président du tribunal aux fins d'homologation de la proposition<sup>93</sup>. Traditionnellement, devant la juridiction de jugement, le principe du contradictoire permet à chaque partie d'avancer ses arguments, de confronter ses convictions, de mettre à l'épreuve sa démonstration afin que le juge statue en toute connaissance de cause. Le rituel judiciaire et le principe du contradictoire organisent et rationalisent le conflit, l'opposition entre les parties. Or, en l'espèce, le principe ne vise nullement à ordonner un débat judiciaire entre des parties antonymes, bien au contraire, il tend à vérifier d'une part la réalité de la reconnaissance des faits par le mis en cause, et d'autre part que les parties sont d'accord sur la nature, la durée et le quantum de la peine. L'examen du consentement substitue la gestion du conflit. À l'image de l'application des peines<sup>94</sup>, la CRPC, à travers l'office du juge, se révèle davantage être d'une nature gracieuse que contentieuse.

Le juge de l'homologation est tenu par les textes<sup>95</sup> de s'assurer de la réalité des faits et de contrôler l'exactitude de la qualification juridique. Ensuite, il doit examiner la validité de

---

<sup>89</sup> Dans l'hypothèse où la personne entend bénéficier d'un délai de réflexion, le procureur de la République peut la présenter devant le juge des libertés et de la détention pour que celui-ci ordonne son placement sous contrôle judiciaire ou, à titre exceptionnel, son placement en détention provisoire, jusqu'à ce qu'elle comparaisse de nouveau devant lui. Cf. art 495-10 du C. pr. pén. V. infra n°318 sur débat devant le juge des libertés et de la détention.

<sup>90</sup> Selon l'article 495-12, le refus de la proposition entraîne systématiquement la poursuite de l'individu devant le tribunal correctionnel ou l'ouverture d'une information.

<sup>91</sup> Cf. § 2.2.2.1 Circ. du 02 septembre 2004, BOMJ n°95, relative à la CRPC.

<sup>92</sup> En dépit de toutes les politiques pénales, en pratique, l'avocat initié des prétoires connaît les différents barèmes de peines en fonction du magistrat qui préside la juridiction. Bien que les magistrats du siège eux-mêmes s'en défendent, l'avocat préférera plaider devant tel président ou demander le renvoi de l'affaire devant tel autre selon qu'il défend les intérêts de la défense ou de la partie civile.

<sup>93</sup> Dans l'hypothèse d'un refus, la procédure de CRPC s'arrête et l'affaire retrouve le circuit classique des poursuites devant le tribunal correctionnel.

<sup>94</sup> Cf. supra n°155.

<sup>95</sup> Art. 495-9 al.2, 495-11 al.1 et 495-11 al.1 *in fine* du C. pr. pén.

l'acceptation afin de vérifier que le justiciable n'a pas subi de pression. Le juge s'assure donc de son adhésion libre et éclairée à l'accord en exigeant de sa part et en présence de son avocat le renouvellement de ses aveux et l'acceptation de la proposition de peine faite par le parquet. Enfin, le magistrat de l'homologation apprécie le caractère justifié des peines proposées au regard des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur. Si l'on ajoute à ces éléments l'absence – en général – du ministère public à l'audience d'homologation, la nature gracieuse de la CRPC confirme une application de nature contractuelle du principe du contradictoire.

Cependant, il n'est pas exclu que le principe révèle, à la marge, certaines discordances. Les nombreuses vérifications du juge<sup>96</sup>, l'intervention de l'avocat, du justiciable et éventuellement du ministère public<sup>97</sup> sont autant de sources susceptibles d'animer un débat judiciaire. Une telle hypothèse n'est pas spécialement prévue par les textes. Elle est même fortement limitée en amont par les accords "Barreau, Parquet, Siège" à l'instar de la composition pénale. Mais dans un cadre judiciaire propice, le contradictoire peut s'imposer aux parties comme s'il était doté d'une conscience autonome alors qu'en réalité c'est l'ensemble des protagonistes qui a naturellement recours à lui pour régler un point de détail divergent. Une telle résurgence du principe n'est pas spécialement appréciée des praticiens, notamment ceux du parquet qui y voient une ouverture des débats. Cependant, en pratique elle aurait le mérite d'éviter un refus d'homologation et la perte de temps inhérente à la réorientation de l'affaire.

Au terme de l'étude, nous constatons la diversité et l'intensité des manifestations du principe du contradictoire afin de garantir les droits de la défense. Leur examen sous l'angle du principe de l'égalité des armes confirme leur efficacité.

**296.** La CRPC répond aux exigences du principe de l'égalité des armes sur un plan formel avec la présence constante de l'avocat, et également d'un point de vue matériel en attribuant de nombreux droits au justiciable.

La présence effective d'un conseil auprès du mis en cause tout au long de la CRPC est tout d'abord garantie par la loi, puis par une adaptation structurelle et fonctionnelle des Barreaux et enfin par son financement public. L'assistance de l'avocat a fait l'objet d'un débat entre les

---

<sup>96</sup> Il est important de noter que le Conseil constitutionnel a considérablement élargi le pouvoir de contrôle du juge de l'homologation : « *le président du tribunal pourra refuser l'homologation s'il estime que la nature des faits, la personnalité de l'auteur, la situation de la victime, ou les intérêts de la société justifient une audience correctionnelle ordinaire ou encore si les déclarations de la victime apportent un éclairage nouveau sur les conditions dans lesquelles l'infraction a été commise ou sur la personnalité de son auteur* ». Cons. Const. 02 mars 2004, n°2004-492 DC, JO 10 mars 2004, p.4637 ; **DALLE**, Hubert. *Juges et procureurs dans la loi Perben II*. in *Le nouveau procès pénal après la loi Perben II*. (dir.) **DANET**, Jean. Éd. Dalloz 2004, p.463 ; **LAZERGES**, Christine. *Le Conseil constitutionnel acteur de la politique criminelle. À propos de la décision 2004-492 DC du 02 mars 2004*. Rev. sc. crim. 2004, p.725.

<sup>97</sup> La présence ou non du ministère public à l'audience d'homologation a fait l'objet d'un avis de la Cour de cassation (18 avril 2005) dans lequel elle préconise sa présence à l'audience. Elle fonde son avis sur l'article 32 du Code de procédure pénale, et entend comme nous faciliter le cas échéant, l'ouverture d'un débat contradictoire. Le lendemain, le Garde des Sceaux prend une circulaire dans laquelle il maintient sa première interprétation. Cette dernière vient d'être suspendue à l'initiative du SAF par deux ordonnances en référé du Conseil d'État en date du 11 mai 2005. Finalement, il faut une intervention du législateur pour mettre un terme à cette interprétation. La loi du 26 juillet 2005 prescrit que « *la présence du procureur de la République à l'audience n'est pas obligatoire* ». V. **DANET**, Jean. *La CRPC : un an après...* AJ pénal 2005, p.433 ; **VALOTEAU**, Aude. *Le jugement sur reconnaissance préalable de culpabilité : une autre procédure de jugement ou une autre manière de juger*. Dr. Pénal. 2006, p.8.

Disponible sur : [http://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_publications\\_documentation\\_2/avis\\_15/](http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_publications_documentation_2/avis_15/) [consulté le 08/07/2007]

Disponible sur : [http://www.conseil-etat.fr/ce/actual/index\\_ac\\_lc0509.shtml](http://www.conseil-etat.fr/ce/actual/index_ac_lc0509.shtml) [consulté le 08/07/2007]

chambres parlementaires sur le point de savoir si elle devait être facultative ou obligatoire<sup>98</sup>. Finalement, le législateur a considéré son intervention indispensable. Et il est intéressant de relever qu'il ressort explicitement des travaux parlementaires que le principe de l'égalité des armes constitue – en arrière plan – le fondement de ce droit de la défense<sup>99</sup>.

En pratique, cette mesure de protection légitime des intérêts du mis en cause n'a pas exigé du Barreau une profonde mutation, mais davantage une adaptation des structures préexistantes – telles que les permanences pénales pour gérer les procédures urgentes – afin d'absorber le flux, et satisfaire les demandes de la nouvelle procédure. Pour garantir son application dans la durée, elle s'est accompagnée d'un plan de financement public<sup>100</sup>. En contrepartie d'une majoration de la dotation d'aide juridictionnelle, le Barreau s'est engagé à améliorer la défense pénale, notamment par la mise en place de permanences. Dans les faits, il résulte de ces dispositions une présence continue et absolue de l'avocat aux côtés du justiciable. C'est un trait caractéristique de la CRPC extrêmement protecteur des droits de la défense et suffisamment rare en procédure pénale pour être remarqué. D'autant plus que si l'on devait se contenter d'examiner la procédure à travers le principe de l'égalité des armes, sur un plan strictement formel, nous serions amenés à constater une inégalité des armes en défaveur de l'accusation du fait de son absence à l'audience d'homologation. Si le législateur suit l'avis de la Cour de cassation, cette curiosité processuelle est amenée à disparaître dans un proche avenir.

**297.** En se basant sur une appréciation réelle du principe de l'égalité des armes au sein de la CRPC, les pouvoirs importants de l'accusation ne placent pas la défense « *dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire* »<sup>101</sup>. En effet, la loi lui octroie également des moyens de se défendre<sup>102</sup>.

Pour commencer, le prévenu est obligatoirement assisté d'un avocat durant toute la procédure de CRPC. S'il n'a pas les moyens d'en choisir un, il lui en sera désigné un d'office par le bâtonnier. Ensuite, son conseil a librement accès à la procédure. En fonction du mode de comparution<sup>103</sup>, il dispose d'un temps suffisant pour prendre connaissance du contenu du

<sup>98</sup> C'est suite à un amendement de la commission du Sénat que cette chambre a adopté en 1<sup>ère</sup> lecture la phrase suivante à l'article 495-8 du Code de procédure pénale : « *La personne ne peut renoncer à son droit d'être assistée par un avocat* ». Séance du 08 octobre 2003, art. 61. Tout simplement supprimée par l'Assemblée Nationale en 2<sup>nd</sup> lecture, sans discussion ni débat (2<sup>nd</sup> séance du 27 novembre 2003), elle sera heureusement rétablie par le Sénat en 2<sup>nd</sup> lecture, (séance du 21 janvier 2004) et définitivement acceptée par la commission mixte paritaire à la séance du 05 février 2004.

Disponible sur : <http://www.assemblee-nationale.fr/12/dossiers/criminalite.asp> [consulté le 08/07/2007]

<sup>99</sup> « *L'amendement n° 82 est très important en ce qu'il rappelle que la personne mise en cause ne peut renoncer à son droit d'être assistée d'un avocat. Dans notre esprit, cette procédure ne fonctionne que s'il y a un avocat puisque, dans un premier temps, avant que le jugement soit rendu par le président du tribunal, la personne traite avec le procureur* ». in Compte rendu intégral des débats du Sénat, à la séance du 21 janvier 2004 par le rapporteur, François Zocchetto.

Disponible sur : <http://www.senat.fr/seances/s200401/s20040121/s20040121009.html> [consulté le 08/07/2007]

<sup>100</sup> Les articles 3, 7, 10 et 47 de la Loi du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique ont été complétés par l'article 137 de la Loi du 9 mars 2004 afin de permettre à la personne dont les ressources le justifient, de bénéficier des dispositions sur l'aide juridictionnelle. Un décret en conseil d'État actuellement en voie d'achèvement viendra prochainement compléter le décret du 19 décembre 1991 pour fixer le montant de la contribution de l'État à la rétribution des avocats intervenant au cours de la CRPC. Cf. § 2.2.1.2 Circ. du 02 septembre 2004, BOMJ n°95, relative à la CRPC.

<sup>101</sup> CEDH du 27 octobre 1993, Aff. *Dombo beher c/Pays-Bas*, Série A, n°274, § 33.

<sup>102</sup> SAINT-PIERRE, François. *Les droits de la défense dans la loi Perben II*. in *Le nouveau procès pénal après la loi Perben II*. (dir.) DANET, Jean. Éd. Dalloz 2004, p.439.

<sup>103</sup> Lorsque la CRPC intervient sur convocation, son avocat pourra prendre connaissance du dossier avant la date de présentation devant le procureur, ce qui facilitera son intervention. En revanche, dans le cadre d'un

dossier. Il peut en discuter avec son client en toute confidentialité. Suite à la proposition de peine, il dispose encore d'un délai de réflexion de dix jours pour prendre sa décision<sup>104</sup>.

Enfin, il est entièrement libre d'accepter ou de refuser la peine. Et dans l'hypothèse d'une acceptation, un juge du siège, garant des libertés individuelles, vérifie la validité de la procédure par rapport aux standards du procès équitable. Au surplus, l'ordonnance d'homologation qui connaît les mêmes effets qu'un jugement de condamnation, est susceptible d'être frappé d'un appel dans un délai de dix jours<sup>105</sup>.

Par ailleurs, si la procédure se termine par un échec, le prévenu a la garantie que ce qui aura été dit et inscrit au procès-verbal ne pourra être retenu contre lui lors de la mise en état, et au moment du jugement par la voie classique. Le législateur entend ainsi respecter le droit de ne pas s'incriminer, droit expressément reconnu par la Convention européenne des droits de l'homme<sup>106</sup>. En définitive, le prévenu est correctement protégé, informé et conseillé.

Au terme de l'examen des procédures simplifiées telles que l'amende forfaitaire, l'ordonnance pénale et la CRPC, il a été démontré que contrairement aux apparences la relativité des principes du contradictoire et de l'égalité des armes ne permet pas de remettre en cause la garantie des droits de la défense. En effet, les insuffisances initialement constatées sont largement compensées par d'autres manifestations des principes.

**298.** À travers le traitement des procédures en état d'être jugées immédiatement, le législateur poursuit la conciliation de buts aussi antinomiques que la célérité et la simplification des procédures avec le respect des droits de la défense. La confrontation de deux systèmes opposés ne peut qu'engendrer la relativité des deux, chaque système constituant la limite de l'autre. En ce qui concerne les procédures rapides et plus spécialement la comparution immédiate, l'examen des droits à travers les principes conclut à une relative atteinte, accentuée par l'enjeu de l'incarcération. En revanche, pour les procédures simplifiées, la garantie des droits de la défense progresse d'autant que la marge d'application des principes s'accroît.

Dans le traitement des procédures nécessitant une mise en état préalable du dossier, le rapport de force initialement défavorable à la défense – au temps de la phase policière – tend à se combler. Si la rapidité est un facteur aggravant vis-à-vis des droits de la défense, à l'inverse, la complexité et l'importance des enjeux s'apparentent à des éléments favorables à leurs développements.

## § 2 – Le traitement des procédures nécessitant une mise en état préalable

**299.** Pour un certain nombre d'affaires<sup>107</sup>, une instruction, distincte de la phase de mise en état générale du dossier – avec les investigations policières et la préparation de la

---

défèrement, l'accès au dossier s'effectuera dans le meilleur des cas juste avant l'audience et parfois après la proposition.

<sup>104</sup> Art. 495-8 du C. pr. pén.

<sup>105</sup> Art. 495-11 du C. pr. pén.

<sup>106</sup> Cette protection va de soi mais cela va mieux en l'inscrivant dans la loi. Néanmoins, il faut reconnaître qu'en pratique, elle aura une incidence très relative puisque par définition, le mis en cause aura reconnu les faits dans le cadre de la garde à vue. Devant la juridiction de jugement, ses aveux seront parfaitement recevables.

<sup>107</sup> Entre 1990 et 2004, le nombre d'affaires transmises à l'instruction par le parquet connaît une baisse de 35 %. Ainsi, sur les 674 522 affaires poursuivies devant les juridictions pénales en 2004, la part du juge d'instruction représente seulement 5 % des saisines. Annuaire statistique de la justice. La Documentation française, Éd. 2006, p.109.

défense<sup>108</sup> – qui précède l’audience de jugement s’avère obligatoire pour les infractions les plus graves – en matière criminelle – et nécessaire pour les plus complexes.

Le traitement des procédures nécessitant une mise en état préalable du dossier est confié à une juridiction spécialisée et indépendante, le juge d’instruction. Doté de pouvoirs particuliers, tant en matière d’enquête que juridictionnelle, il recherche s’il existe ou non contre la personne poursuivie des charges suffisantes de participation aux faits dont il a été saisi. Lorsque dans le cours de l’instruction apparaissent à l’encontre de cette dernière des indices laissant penser qu’elle a pu participer à la commission de l’infraction poursuivie, se pose alors la question de la garantie dont elle doit bénéficier pour la suite de la procédure. Le magistrat instructeur peut l’entendre comme témoin assisté ou procéder à sa mise en examen, la placer éventuellement sous contrôle judiciaire ou saisir le juge des libertés et de la détention en vue de son placement en détention, et décider, à terme, s’il y a lieu ou non de la renvoyer devant la juridiction de jugement<sup>109</sup>.

Par ailleurs, le législateur confie au juge d’instruction de nombreux pouvoirs en matière d’enquête et d’administration de la preuve que celui-ci met lui-même en œuvre. Il mène des perquisitions et des saisies ; il se transporte sur les lieux ; il diligente des interceptions de communication ou ordonne des expertises. S’il garde la conduite de l’enquête et des investigations, les parties y participent également et sont régulièrement tenues informées de ses résultats.

Depuis notre choix en faveur d’un système inquisitoire pour rechercher la vérité matérielle des faits, notre procédure pénale a progressivement évolué d’un état où l’initiative des parties était totalement proscrite et leur défense mal assurée<sup>110</sup> vers une prise en considération de leurs demandes d’actes et le respect de leurs droits. Face au magistrat instructeur tout puissant en matière d’enquête et à l’accusation possédant de nombreuses prérogatives dans ce domaine, notre législation a évolué, à plusieurs reprises, en faveur des principes du contradictoire et de l’égalité des armes afin de mieux protéger les droits de la défense (A). D’une position initialement limitée, les droits de la défense se sont progressivement affirmés même si certaines résistances aux principes perdurent. Désormais, elles font figure d’exceptions (B).

## A – Des droits mieux protégés par des principes en plein essor

**300.** L’évolution des droits de la défense au sein de la phase d’instruction conclut à une amélioration très significative de la protection des droits à travers les apports caractéristiques des principes<sup>111</sup>. Une étude comparative des systèmes juridiques comprenant

---

<sup>108</sup> Cf. infra n°328 et s.

<sup>109</sup> **BOULOC**, Bernard. *L’acte d’instruction*. Thèse Paris, LGDJ, 1965 ; **CHAMBON**, Pierre. *Le juge d’instruction : Théorie et pratique de la procédure*. Éd. Dalloz, 1997 ; **DUMONT**, Jean. *Le juge d’instruction*. J-Cl. Procédure pénale, fasc. 20, 2004, Art. 49 à 52 ; **GUINCHARD**, Serge., **BUISSON**, Jacques. op. cit. p.725 et s.

<sup>110</sup> À titre d’information et de comparaison sur les droits des parties pendant l’instruction. V. **RASPAL**, Henri. *L’évolution des droits de la défense devant les juridictions d’instruction*. Thèse, Montpellier, 1924 ; **MARGRAFF**, Auguste. *La situation de la victime d’une infraction pendant l’instruction préparatoire*. Thèse, Strasbourg, 1938 ; **HUGUENEY**, Louis. *Les droits de la défense devant le juge d’instruction*. Rev. sc. crim. 1952, p.195 ; **ALLEHAUT**, Maurice. *Les droits de la défense*. in Mélanges Patin, 1965, p.465.

<sup>111</sup> **LASSALLE**, Jean-Yves. *Incompatibilité du dernier alinéa de l’article 546 CPP avec l’article 6 de la convention européenne des droits de l’homme*. JCP 1998, II, 10056, p.656.

un juge d'instruction confirme ce mouvement libéral<sup>112</sup> : les principes du contradictoire et de l'égalité des armes progressent au sein des systèmes pénaux européens. En France, la garantie des droits de la défense au sein de l'instruction connaît une nette amélioration de par la croissance corrélative des principes. Cet essor parallèle se manifeste sur un plan vertical par un renforcement des droits lié à l'intensification des principes (1), et sur un plan horizontal par une expansion des droits et des principes au-delà du statut de mis en examen (2).

### 1) Une progression verticale des droits et des principes

**301.** Le renforcement de la protection des droits de la défense proportionnel à l'intensification des principes se manifeste tout d'abord dans l'assistance continue d'un avocat auprès du mis en cause, puis dans la faculté pour la défense d'avoir librement accès au dossier pénal, et enfin dans la possibilité pour cette dernière de participer activement aux actes d'investigation.

**302.** L'entrée de l'avocat dans le bureau du magistrat instructeur ainsi que le libre accès au dossier de son client remontent à la loi prévôtale<sup>113</sup>, restée inappliquée, de 1815. L'historien du droit André Paillet dans sa synthèse sur les cours prévôtales<sup>114</sup> estime que ce texte préfigure la loi Constans<sup>115</sup> de 1897. Quoi qu'il en soit, il faudra un siècle à l'institution

---

<sup>112</sup> Parmi les États qui reconnaissent la fonction du magistrat instructeur tels que la Suisse, la Belgique, le Luxembourg, l'Espagne, le Portugal, les Pays-Bas, la Grèce, l'Autriche ou les pays d'Afrique francophone, on constate une progression des principes du contradictoire et de l'égalité des armes – dans une moindre mesure – qui tend à faire éclater la dichotomie systémique traditionnelle : inquisitoire ou accusatoire. Cf. Colloque de l'Association International de droit pénal à Tolède en avril 1992, RID pénal 1993, p.729 et s. ; **DI MARINO**, Gaëtan. *L'implantation et les remises en cause des dogmes accusatoire et inquisitoire*. in Un écroulement des dogmes en procédure pénale ? Colloque international d'Aix-en-Provence, les 9 et 10 juin 1997. RIDP Vol 68, n°1 et 2, p.17.

<sup>113</sup> Art. 34 de la Loi prévôtale du 20 décembre 1815 énonce : « *Dans le cours de l'interrogatoire [i. e. le premier], le prévenu sera averti qu'il sera jugé prévôtalement, en premier et dernier ressort et sans recours en cassation, il sera sommé de proposer ses exceptions contre la compétence, s'il en a à présenter ; il sera fait mention, dans le procès-verbal, de la dite sommation et des réponses du prévenu ; il lui sera demandé s'il a fait choix d'un conseil, et s'il ne l'a pas fait, le prévôt lui en nomme un d'office ; le tout à peine de nullité* ». S. 1816, lois, p.55. V. **BARBEAU**, Bertrand. *L'étude du droit de la défense : l'avocat et la procédure prévôtale*. A paraître.

<sup>114</sup> « *Ceci n'est rien moins que cette organisation de la défense dès le début de l'instruction, qui, apparue un instant dans la Loi des 8-9 octobre 1789, à l'aube de la réforme de notre droit criminel, puis supprimée, ne devait être définitivement consacrée qu'à la fin du XIXe siècle par le vote de la loi du 8 décembre 1897* ». **PAILLET**, André. *Les cours prévôtales (1816-1818)*. Revue des deux mondes, 1911, t. IV, p.129.

<sup>115</sup> Si la présence de l'avocat dans le cabinet d'instruction est formellement issue de la loi Constans, en réalité elle prend naissance dans l'avant projet de loi de 1878 de la commission extra-parlementaire présidée par Faustin-Hélie. Cette commission pose le principe d'une instruction contradictoire sans publicité où l'inculpé est invité à prendre un avocat avant tout débat sur le fond. Le conseil peut consulter aussitôt le dossier et s'entretenir avec son client afin de préparer ses moyens de défense. Déposé le 27 novembre 1898 devant le Sénat, le projet de loi ne fut jamais adopté. Mais l'idée d'introduire l'avocat dans les cabinets d'instruction persistait. A la suite de trois projets de loi en ce sens, présentés par le gouvernement à la Chambre des députés (28 janvier 1886 ; 10 décembre 1889 ; 20 février 1894) demeurés sans suite, un sénateur, le professeur Constans déposa une proposition de loi le 10 avril 1895. V. Les travaux parlementaires et discussions parlementaires. D.P. 1897.4.113 ; **PRADEL**, Jean. *L'instruction préparatoire*. Éd. Cujas, 1990, pp.32-33.

pour s'habituer, et accepter sa présence, et ses demandes de consultations<sup>116</sup>. Sans remonter ni trop loin, ni trop longuement dans notre histoire processuelle, il nous est impossible d'appréhender les droits de la défense au sein de l'instruction sans aborder, même succinctement, cette première grande loi qui les consacre<sup>117</sup>. À l'époque et aujourd'hui encore, cette réforme est considérée comme audacieuse. Elle marque les débuts de la défense pénale moderne<sup>118</sup>. Elle bouscule et remet en cause le dogme de la dichotomie du système pénal. Elle aboutit à instiller une bonne dose d'accusatoire dans une procédure qui était jusque-là essentiellement inquisitoire<sup>119</sup>. La résistance au projet est à la mesure de son importance : un débat animé de vingt-sept années qui s'étend sur quatre législatures. Cette réforme provoque l'hostilité de la Cour de cassation avec notamment la critique virulente du Conseiller Falcimaigne : « *il s'agit d'un système inacceptable, destructeur de toute enquête judiciaire utile* »<sup>120</sup>. Pour les partisans de l'inquisitoire, il s'agit d'un véritable sacrilège : l'instauration du contradictoire « *rend plus difficile la recherche de la vérité, entrave la marche de l'information et affaiblit la répression* »<sup>121</sup>.

Malgré les nombreuses oppositions, le sénateur Constans parvient à faire voter sa proposition de loi devant le Parlement, en passant outre l'avis de la Cour de cassation. Comme en témoignent les débats passionnés de l'époque, la loi du 8 décembre 1897 préfigure une évolution substantielle de notre procédure pénale vers une plus grande reconnaissance de droits à l'égard de la partie poursuivie. Elle symbolise la première pierre de l'édifice des droits de la défense.

**303.** Depuis la loi Constans, les droits de la défense se sont non seulement renforcés, mais ils se sont également étendus. Ils se sont renforcés parce que les principes du contradictoire et de l'égalité des armes qui les sous-tendent ont démontré une évolution d'application concrète. Le droit à l'assistance d'un avocat devant le juge d'instruction constitue une première reconnaissance – symbolique – extrêmement forte et importante. Mais,

<sup>116</sup> CHAMBON, Pierre. *L'instruction contradictoire et la jurisprudence : loi du 08 décembre 1897*. Paris, 1953, p.66 et s. ; HUGUENEY, Louis. op. cit. p.197 ; MIMIN, Pierre. *Recherche de la vérité. Considération sur le projet de Code de procédure pénale*. D. 1956, chron. p.142.

<sup>117</sup> SAINT-PIERRE, François. *Le guide de la défense pénale*. 3<sup>e</sup> Éd. Dalloz, 2004, pp.4-7.

<sup>118</sup> Dans son traité, l'avocat et professeur de droit René Garraud précise que « *ce qu'il importe de remarquer, c'est que la législation moderne, en ce qui concerne le droit de la défense, place ce droit au-dessus de tous les droits sociaux : elle fait échec, pour le sauvegarder, aux intérêts mêmes de la répression. C'est la physiologie nouvelle que les principes de la Révolution française ont donné à la procédure criminelle. Ces règles ne peuvent sauvegarder les intérêts généraux qu'en mettant au-dessus de toute atteinte la défense de l'inculpé* ». GARRAUD, René. *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*. 1909, T III, p.35.

<sup>119</sup> « *La procédure pénale se veut équitable et contradictoire à toutes ses étapes y compris devant le juge d'instruction incarnant traditionnellement l'inquisitoire* ». LAZERGES, Christine. *La dérive de la procédure pénale*. Chronique de politique criminelle in Rev. sc. crim. 2003, p.644.

<sup>120</sup> Observations du conseiller Falcimaigne publiées in extenso in OLLIER, Jean. *La réforme de l'instruction préparatoire : commentaire de la loi du 8 décembre 1897*. Éd. Rousseau, 1898, pp.97-133 ; SOULEZ-LARIVIERE, Daniel. *Les nécessités de l'accusatoire*. Revue Pouvoirs, n° 55, 1990, p.66. V. également, HALTON, Herbert. *Étude sur la procédure criminelle en Angleterre et en France*. Thèse de doctorat de Paris, 1898, p.77. Consulté par le gouvernement pendant la discussion du projet de loi, la Cour de cassation y fut nettement défavorable : « *Le besoin le plus impérieux d'un pays organisé sera toujours la sauvegarde de l'ordre public et de la sécurité individuelle par la recherche vigilante et la répression exacte des délits et des peines [...]. Le problème pénal n'a jamais cessé de comporter éternellement deux termes irréductibles : l'intérêt général de la société qui se défend et l'intérêt personnel de l'homme qu'elle accuse. Si l'on a trop longtemps sacrifié [...] le second au premier, on ne pourrait sans péril sacrifier maintenant le premier au second* ».

<sup>121</sup> DI MARINO, Gaëtan. loc. cit.

elle serait restée théorique et illusoire si des moyens concrets n'avaient pas été mis en œuvre pour garantir leur exercice.

Au départ, les frais engendrés par l'assistance d'un conseil étaient généralement réglés par l'intéressé lui-même, sous forme d'honoraires. Il en résultait que seule une partie des justiciables pouvait s'offrir véritablement un défenseur. Il existait bien une assistance judiciaire, initialement instituée par la loi du 22 janvier 1851, modifiée par la loi du 10 juillet 1901 pour venir en aide aux indigents, mais elles se limitaient à des dispenses d'avance de frais<sup>122</sup>. En pratique, la charge de l'assistance était entièrement supportée par les auxiliaires de justice, parfaitement libre d'accepter ou non une défense *pro bono* qui leur était traditionnellement assignée<sup>123</sup>. Ni notre Constitution, ni la Convention européenne des droits de l'homme ne reconnaissent expressément le droit à l'aide juridictionnelle. Toutefois, la jurisprudence, par le truchement du droit à un procès équitable, l'a consacré sous certaines conditions<sup>124</sup>. De même, sur le plan du droit européen comparé, certains États comme la Belgique ou l'Angleterre présentent un système d'aide juridique performant en matière d'assistance effective d'un avocat<sup>125</sup>.

L'inégalité flagrante entre les citoyens devant la justice, l'influence du droit dérivé de la Cour de Strasbourg, ainsi que la volonté de répartir plus équitablement le poids financier d'une mission de service public sur la collectivité toute entière plutôt que sur une corporation, ont déterminé le législateur à intervenir. Les lois du 3 janvier 1972 et du 10 juillet 1991<sup>126</sup> instaurent un nouveau système d'aide juridictionnelle qui permet aux plus indigents de bénéficier des mêmes droits de la défense que tous les autres justiciables. Malgré ces progrès indiscutables « *certaines avocats traditionalistes oseront protester, disant que le barreau y*

---

<sup>122</sup> « D'un système désuet et paternaliste, l'assistance judiciaire, qui consistait à dire que tout indigent avait droit à l'assistance d'un avocat, pas un choix libre, mais une assistance gratuite, souvent exécutée par les jeunes du barreau, on est passé à l'aide judiciaire, qui donne droit à l'aide d'un avocat aux plus indigents selon des critères de revenu, en contre partie d'une petite rémunération versé par l'État ». **LECLERC**, Henri. *Un combat pour la justice*. La découverte/témoins, 1994, pp.170-180 ; **LAROCHE de ROUSSANE**, Paul. *L'aide juridictionnelle en matière pénale*. J-Cl. Procédure pénale, fasc., 1998, Art. 800.

<sup>123</sup> La vision sacerdotale de l'avocat remonte à 205 avant J-C, dans la République romaine, où il était interdit à l'avocat de recevoir des honoraires pour défendre une cause, en application de la loi Cincia. **SAINT-PIERRE**, François. op. cit. p.125 ; **DELACHENAL**, Roland. *Histoire des avocats au Parlement de Paris*. Éd. Plon, 1885 ; **SCHNAPPER**, Bernard. *De la charité à la solidarité : l'assistance judiciaire française (1851-1972)*. Revue Histoire du droit, 1984, t.52, pp.105-117.

<sup>124</sup> En vertu du principe de l'égalité des armes, les parties dans un procès – a fortiori devant le juge d'instruction – doivent pouvoir défendre leur cause dans des conditions similaires ou tout au moins de manière équilibrée. Or, une audience devant laquelle interviennent des professionnels du droit pour l'accusation ou la partie civile, sans que la défense bénéficie également des conseils d'un spécialiste, enferme cette dernière dans une situation de net désavantage. Par conséquent, l'aide juridictionnelle contribue largement à la mise en œuvre du principe de l'égalité des armes. CEDH du 09 octobre 1979, Aff. *Airey c/Irlande*, Série A, n°32, § 24 ; CEDH du 13 mai 1980, Aff. *Artico c/Italie*, Série A, n°37, § 33-35. V. **BOUGRAB**, Jeannette. *L'aide juridictionnelle, un droit fondamental ?* AJDA 2001, p.1016 ; **COSTA**, Jean-Paul. *Les droits de la défense selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*. Gaz. Pal. du 04 octobre 2002, p.1419.

<sup>125</sup> Le récent rapport du Sénat donne une vision à la fois éclectique des systèmes d'indemnisation mis en place dans le cadre de l'aide juridictionnelle et une disparité d'évolution entre les pays. Rapport du Sénat n°137 par le service des études juridique de juillet 2004, sur une étude de législation comparée sur l'aide juridique. V. également RIDP 1992, Vol.63 sur le droit à l'assistance effective d'un avocat dans de nombreux pays d'Europe. Disponible sur : [http://senat.fr/lc/lc137/lc137\\_mono.html](http://senat.fr/lc/lc137/lc137_mono.html) [consulté le 08/07/2007]

<sup>126</sup> Loi n° 72-11 du 03 janvier 1972, JO du 05 janvier, p.164 ; Loi n° 91-647 du 10 juillet 1991, JO n°162 du 13 juillet 1991 ; Décret n°2003-853 du 05 septembre 2003 ; Décret n°2004-1406 du 23 décembre 2004 ; Circ. du 08 septembre 2003 relative à la présentation du Décret du 05 septembre 2003, BOMJ n°90. Sur le plan conventionnel, il est important de noter que l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne des 7 et 8 décembre 2000 reconnaît expressément le droit à l'aide juridictionnelle.

Disponible sur : [http://www.cnb.avocat.fr/lettre\\_conseil/LDC-03-2006/chiffres-cles\\_AJ.pdf](http://www.cnb.avocat.fr/lettre_conseil/LDC-03-2006/chiffres-cles_AJ.pdf) [consulté le 08/07/2007]



*perdait son âme* »<sup>127</sup>. La gratuité de la défense connaissait des limites<sup>128</sup>. Dorénavant, l'inégalité financière entre les mis en cause devant la Justice, et notamment devant le juge d'instruction ne constitue plus un facteur de déséquilibre *inter partes*. La mise en œuvre de ce système contribue au respect du principe de l'égalité des armes qui garantit à son tour l'exercice des droits de la défense.

**304.** Désormais, toute personne présentée devant un juge d'instruction peut solliciter l'assistance d'un avocat. Les prescriptions impératives de l'article 114 du Code de procédure pénale et son indemnisation au titre de l'aide juridictionnelle garantissent sa présence.

Mais la défense est-elle pour autant de qualité ? Au regard du travail à effectuer, du temps à passer auprès du mis en examen pour préparer sa défense, de la tension inhérente aux responsabilités professionnelles et aux enjeux de la procédure, et malgré une nette amélioration financière suite à la réévaluation de l'aide juridictionnelle en 2001<sup>129</sup>, le système français persiste dans une logique d'indemnisation et non pas de rémunération du travail de l'avocat<sup>130</sup> qui doit subir en outre les délais de procédure<sup>131</sup>. Dès lors, certains s'interrogent – assez légitimement – sur le point de savoir s'il n'existe pas "une défense à deux vitesses", à savoir celles issues des honoraires et celles qui prennent source dans les désignations d'office. En 1993, une étude italienne a démontré l'existence d'une corrélation entre les

---

<sup>127</sup> LECLERC, Henri. *ibid.* *idem.*

<sup>128</sup> Face à l'accroissement du nombre d'affaires pénales d'une part et en considérant l'expansion en parallèle du domaine de l'aide juridictionnelle (Cf. supra Titre 1 en matière de procédures alternatives aux poursuites, d'exécution des peines ou de garde à vue), multipliant le nombre d'interventions de l'avocat au cours de la procédure, d'autre part, il était difficile à cette profession de supporter seule, le coût financier de l'aide aux personnes indigentes. On saisit mieux ainsi les logiques de compensation qui se sont installées à l'époque et qui perdurent encore aujourd'hui à l'égard de l'opacité des honoraires dans d'autres secteurs du droit. La rétribution des avocats par l'État n'est pas parvenu à enrayer cette régulation sociale indicible du fait d'une indemnisation insuffisante. V. DANET, Jean. *op. cit.* p.153.

<sup>129</sup> DUFOUR, Olivia. *Rentrée du Barreau de Paris : Francis Teitgen réclame un plan Marshall*. PA du 22 novembre 2000, n°233, pp.4-6 ; PA du 12 décembre 2000, n°247, pp.5-11 ; PA du 20 décembre 2000, n°253, pp.4-5 ; ROLIN, Frédéric. *Crise de l'aide juridictionnelle ou crise des professions judiciaires ?* D. 2001, n°1, p.6-8. Suite à un mouvement de grève des avocats à l'automne 2000, le gouvernement désigna Paul Bouchet, conseiller d'état honoraire, ancien bâtonnier de Lyon et président d'ATD tiers-monde, pour présider une commission de réforme sur l'aide juridictionnelle. En mai 2001, il en résulta un rapport ambitieux de remise à plat du système, annexé à la loi du 09 septembre 2002, qui donna lieu à un avant-projet de loi diversement apprécié par le Barreau (V. rapport sur la protection juridique du 27 mai 2003 du CNB). Par conséquent, la réforme de l'aide juridictionnelle reste à venir. En attendant, et vu l'urgence de la situation à la fin de l'année 2000, la grille d'indemnisation fut réévaluée. En 2004, la loi de finances fixe le montant de l'unité de valeur de référence à 20,84 € HT au lieu de 20,43 € HT. Cf. *Œr.* du 30 décembre 2003, BOMJ n°92 ; *Circ.* du 31 décembre 2005, BOMJ n°101.

Disponible sur : [http://www.cnb.avocat.fr/lettre\\_conseil/LDC-03-2006/chiffres-cles\\_AJ.pdf](http://www.cnb.avocat.fr/lettre_conseil/LDC-03-2006/chiffres-cles_AJ.pdf) [consulté le 08/07/2007]

Disponible sur : <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/014000368/0000.pdf> [consulté le 08/07/2007]

Disponible sur : [http://www.cnb.avocat.fr/VieDuConseil/VDC\\_viedescommissions\\_acces\\_droit.php](http://www.cnb.avocat.fr/VieDuConseil/VDC_viedescommissions_acces_droit.php) [consulté le 08/07/2007]

<sup>130</sup> Cf. *infra* n°546 et s. sur les indemnisations.

<sup>131</sup> Entre le début d'une procédure, les premiers actes de l'avocat et le jugement de l'affaire, il s'écoule plusieurs mois et parfois des années. Lorsque l'affaire est enfin jugée, le greffier fait parvenir en même temps que le jugement rédigé une attestation de fin mission à l'avocat qui renvoie l'ensemble des pièces au service de l'ordre qui s'occupe alors de régler les indemnités. Cela signifie qu'entre le moment où la décision arrive et celui où l'indemnité est versée, plusieurs mois s'écoulent à nouveau. Jusque là, l'avocat ne touche pas un euro et gère le dossier à frais avancés. Il est à noter que dans le cadre d'honoraires, l'avocat est redevable d'une TVA à 19,60 % alors qu'en matière d'aide juridictionnelle l'État s'impose un taux à 5,5 %.

caractéristiques sociales des prévenus et la qualité de la défense<sup>132</sup>. Pour prévenir ce défaut, le système d'aide juridique anglais repose sur des professionnels qui s'engagent par contrat à fournir des prestations correspondant à des critères préétablis. En France, la doctrine comme les praticiens<sup>133</sup> s'accordent à reconnaître qu'il n'existe pas de lien de proportionnalité entre le coût financier d'une défense et son efficacité. Il serait en effet extrêmement difficile dans les faits d'isoler ces deux seuls critères nonobstant la nature des faits, les charges établies dans le dossier, le temps de préparation de la défense, le temps de consultation du dossier, le nombre de cotes et la complexité du dossier, la personnalité du mis en examen, ses gages de représentation...

En définitive, les droits de la défense progressent concrètement parce que le principe de l'égalité des armes est respecté en théorie comme en pratique : notre droit positif reconnaît et use des moyens nécessaires pour garantir à tous les justiciables le droit, la présence et le travail<sup>134</sup> d'un avocat.

**305.** L'application du principe du contradictoire à travers l'accès au dossier pénal démontre un autre aspect de la progression des droits de la défense durant la phase d'instruction préparatoire. Sous le concept d'accès au dossier, il nous faut distinguer trois niveaux d'analyse pour consacrer l'accroissement des principes et la force des droits. Pour commencer, dès 1897, le législateur considère que seule une communication du dossier au défenseur peut permettre une bonne défense : « *il faut savoir pour être en mesure de pouvoir* ». Le double système de la représentation et de l'assistance de la personne mise en examen – ou témoin assisté – par son avocat, organisé devant les juridictions d'instruction, joue un rôle essentiel dans l'exercice des droits de la défense. En effet, le premier permet d'exercer les droits au nom de l'intéressé, et notamment l'accès au dossier dont la consultation se révèle déterminante à la mise en œuvre du second. Par conséquent, l'avocat est l'intermédiaire obligé entre le dossier et la personne mise en examen, alors que tel n'est pas le cas dans la phase de jugement<sup>135</sup>.

---

<sup>132</sup> COTTINO, A., FISCHER, M-G. *Pourquoi l'inégalité devant la loi ?* Déviance et société, 1996, Vol. 20, n°3, pp.199-294.

<sup>133</sup> SOULEZ-LARIVIERE, Daniel. *Lettre à un jeune avocat*. Éd. Balland, 1999, pp.25-26 ; ROZES, Simone., LOMBARD, Paul. *Le juge et l'avocat. Dialogue sur la justice*. Éd. Robert Laffont, 1992, p.29 ; DANET, Jean. *op. cit.* p.154.

<sup>134</sup> Par travail de l'avocat, nous entendons la lecture critique du dossier sur un plan juridique et factuel, les séances d'entretien avec le mis en examen afin de l'informer de ses droits et obligations, les discussions pour déterminer une stratégie et une position commune. Pour éviter l'écueil de la redondance, ces expressions des droits de la défense seront examinées lors de la préparation du dossier, tout en sachant parfaitement qu'elles s'appliquent également aux audiences de l'instruction (Cf. infra n°328 et s.).

Toutefois, certaines manifestations sont spécifiques telles que les nullités et les délais de procédures ou encore les modes de comparution. À titre d'illustration, depuis la loi du 09 mars 2004, qui tend à assurer la comparution du prévenu, il est du devoir de l'avocat de prévenir son client sur les conséquences de son absence à l'audience. En effet, selon l'article 179-1 du Code de procédure pénale, la personne renvoyée devant le tribunal compétent par la juridiction d'instruction est informée qu'elle doit signaler tout changement d'adresse au procureur de la République, jusqu'au jugement définitif de l'affaire, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Toute citation, notification ou signification faite à la dernière adresse déclarée sera réputée faite à sa personne. Au jour du jugement, cette précision est d'importance car elle confère au jugement sa nature contradictoire, même en l'absence de l'intéressé, au lieu du caractère par défaut, autrefois consacré. La décision est réputée contradictoire à signifier. En conséquence, la voie de l'opposition avec la possibilité d'être rejugé en première instance est définitivement exclue. Et les délais pour faire appel courent à partir du jour de la notification.

<sup>135</sup> GUINCHARD, Serge., BUISSON, Jacques. *Procédure pénale*. Éd. Litec, 2002, n°1139, p.922. Cf. infra 328 et s.

En application de l'article 114 al.3 du Code de procédure pénale, le dossier de l'instruction dans son intégralité<sup>136</sup> doit être mis à disposition de l'avocat « *quatre jours ouvrables au plus tard avant l'interrogatoire ou l'audition* ». Par la suite, il peut obtenir communication de la procédure à tout moment pendant les jours ouvrables, sous réserve du bon fonctionnement du cabinet d'instruction. Ce droit est déterminant à court terme pour préparer une défense à l'audience<sup>137</sup> devant le magistrat instructeur, et à plus long terme pour définir une stratégie de défense. Ce sont les raisons pour lesquelles ce droit est reconnu par l'ensemble des États européens, comme l'Allemagne<sup>138</sup>, l'Angleterre<sup>139</sup>, l'Autriche<sup>140</sup> ou encore l'Espagne<sup>141</sup>.

**306.** La seconde avancée des droits de la défense correspond à une extension du champ du contradictoire à l'égard des parties. Avec l'arrivée des photocopies, il s'est rapidement posé la question de savoir s'il fallait permettre à l'avocat de remettre des copies de pièces au client lui-même ? Dans un premier temps, la Cour de cassation<sup>142</sup> s'y est formellement opposé au visa de l'interprétation stricte des textes et du secret de l'instruction,

---

<sup>136</sup> CEDH du 30 mars 1989, Aff. *Lamy c/Belgique*, Série A, n°151. Cet arrêt affirme que le principe de l'égalité des armes impose que l'accusation ne dissimule pas de pièces à la défense. Le dossier de la procédure doit être "transparent" et permettre le déroulement d'un véritable débat contradictoire. V. **JEAN-PIERRE**, Didier., **MELIN-SOUCRAMANIEN**, Ferdinand. *Le principe de l'égalité des armes*. Revue de la recherche juridique. Droit prospectif 1993, pp.495-496. La chambre criminelle vient de rappeler au visa de l'article préliminaire que le dossier doit être soumis dans son intégralité au débat contradictoire. Cass. crim. 06 janvier 2004, Dr. pénal, mai 2004, n°74, p.24, note A. Maron.

<sup>137</sup> Cf. infra n°338 et s.

<sup>138</sup> « *Le défenseur est habilité à prendre connaissance des actes transmis au tribunal ou qui lui seraient transmis en cas d'exercice de l'action publique, ainsi qu'à examiner les éléments de preuve officiellement conservés.*

*Si la conclusion de l'instruction n'a pas encore été inscrite dans les actes, le défenseur peut se voir refuser la prise de connaissance des actes ou des autres pièces de même que l'examen des éléments de preuve officiellement conservés, si le but de l'instruction peut être compromis.*

*Ne peuvent être refusées au défenseur à aucun moment de la procédure la prise de connaissance des procès-verbaux consécutifs à l'interrogatoire de l'inculpé et à celles des opérations d'instruction judiciaire pour lesquelles la présence du défenseur a été autorisée ou aurait pu l'être, de même que la prise de connaissance des rapports d'expertise ».* § 147 du St PO (Prise de connaissance des actes par le défenseur). Traduction par **LEGEAIS**, Raymond.

Disponible sur : <http://www.juriscope.org/publications/documents/> [consulté le 08/07/2007]

<sup>139</sup> Criminal Procedure and Investigations Act 1996, Chapter 25, spec. Section 5 & 8.

Disponible sur : <http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1996/1996025.htm> [consulté le 08/07/2007]

<sup>140</sup> « *Le juge d'instruction autorise le défenseur, sur sa demande, à consulter le dossier pénal, hormis les procès-verbaux de délibérations, dans les locaux du tribunal, et à en prendre copie ; il peut aussi, à la place, lui en délivrer des photocopies. L'inculpé non représenté par un avocat jouit lui-même des droits du défenseur ; s'il se trouve incarcéré, il peut être autorisé à consulter le dossier dans les locaux du centre de détention ou de la prison ».* Art. 45 § 2 du C. pr. pén. V. CEDH du 19 décembre 1989, Aff. *Kamasinski c/Autriche*, Série A, n°168, § 48.

<sup>141</sup> « *Le dossier sera ensuite communiqué aux accusés et aux tiers civilement responsables pour que, dans un délai identique et dans cet ordre, ils fassent connaître par des conclusions numérotées et corrélatives de celles contenant les qualifications qui les concernent, s'ils sont ou non d'accord avec chacune d'elles, ou qu'autrement ils consignent les points de divergence ».* Art. 652 du C. pr. pén. Traduction par **LEGEAIS**, Raymond.

Disponible sur : <http://www.juriscope.org/publications/documents/> [consulté le 08/07/2007]

<sup>142</sup> Cass. civ. 02 février 1994, Bull. crim. n°45 ; Cass. Ass. Plén., 30 juin 1995, Bull. crim. n°3 ; D. 1995, jurisp. p.417, note Pradel ; JCP 1995, II, n°22479, note Chambon ; Rev. sc. crim. 1995, p.833, obs. Dintilhac ; Procédures 1995, comm. n°236, obs. Buisson. V. également la note d'André Damien sous CA d'Aix-en-Provence du 24 février 1995, Gaz. Pal. du 28 mars 1995, I, 180, p.27. Contra CA Toulouse du 27 juin 1994, Gaz. Pal. 1994, 2, Jursp. p.552, note H. Leclerc.

avant finalement de s'y résigner<sup>143</sup>. En parallèle, devant la menace d'une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme<sup>144</sup>, le législateur s'est résolu à intervenir. La loi du 30 décembre 1996<sup>145</sup> aménage au profit des parties privées à l'instruction, une remise des copies d'actes ou de pièces de la procédure. Afin de préserver les investigations et contourner les risques de pression sur les victimes ou les témoins, la communication de la procédure aux parties est encadrée<sup>146</sup>.

Après dix ans d'application, les craintes d'une partie de la doctrine qui préconisait en 1996 le maintien des parties à l'écart de la procédure – notamment la défense –, se sont révélées en pratique infondées<sup>147</sup>. En revanche, l'accès à la procédure par les parties sous le contrôle du magistrat instructeur a constitué – et constitue toujours – une avancée significative du contradictoire au sein d'une institution traditionnellement secrète.

**307.** La dernière avancée des droits de la défense est issue d'une intensification des principes ayant pour fondement le progrès technologique et la gratuité des copies. La reconnaissance d'un droit n'a jamais signifié son application. Et sa mise en œuvre n'a jamais impliqué une équité d'exercice. En l'espèce, le passage de l'accès théorique à la consultation pratique fut assez rapide. Et en ce qui concerne les conditions de son exercice, elles n'ont eu de cesse de progresser vers une efficacité concrète et réelle.

Au début, l'avocat est seul à consulter l'unique dossier d'instruction au greffe du cabinet avec tous les inconvénients pratiques qu'une institution traditionnellement secrète, relativement hostile à ce droit et inadéquate à son exercice, recèle<sup>148</sup>. Par la suite, le greffe lui délivre des copies certifiées conformes de certaines pièces de la procédure. Avec les progrès techniques de la reprographie, l'accès au dossier connaît un essor quantitatif et qualitatif important avec

---

<sup>143</sup> Cass. crim. 12 juin 1996, Bull. crim. n°248 ; **FERRARI**, Isabelle. *L'accès au dossier avant jugement par le prévenu non assisté*. Dr. pénal 1997, chron. n°1, p.4 ; **COTTE**, Bruno. *Conclusions*. Dr. pénal 1997, chron. n°4.

<sup>144</sup> CEDH du 18 mars 1997, Aff. *Foucher c/France*, req. n°22209/93, § 33-37. CEDH du 1<sup>er</sup> février 2005, Aff. *Frangy c/France*, req. n°42270/98, inédit.

<sup>145</sup> Loi n° 96-1235 du 30 décembre 1996, JO du 1 janvier 1997, p.9 ; Décret n°97-180 du 27 février 1997, JO du 2 mars 1997 p.3375.

<sup>146</sup> Art. 114 al.5 et s. Circ. du 03 mars 1997. Elle fait l'objet au préalable d'une autorisation du juge d'instruction. Il dispose d'un délai de cinq jours ouvrables à partir de la réception de la demande pour rejeter celle-ci en partie ou totalement par ordonnance motivée susceptible d'appel devant le président de la chambre d'instruction. Passé ce délai, le silence du magistrat vaut autorisation pour l'avocat de communiquer la procédure à son client.

<sup>147</sup> Les arguments avancés par les auteurs pour limiter l'accès au dossier aux seuls professionnels reposaient essentiellement sur les risques de fuites à l'initiative des parties qui ne sont pas tenues par le secret de l'instruction. **PRADEL**, Jean. *L'instruction préparatoire*. Éd. Cujas, n°94, p.111 ; **GARRAUD**, René. *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*. 1909, T III, n°768, pp.17-18. Rendre l'instruction contradictoire à l'égard des parties revenait à prendre un trop grand risque vis-à-vis de l'efficacité des investigations dans la recherche de la vérité. Les praticiens pouvaient légitimement craindre un accroissement des demandes de copies via les avocats, et par conséquent un surcroît de travail pour des cabinets déjà surchargés, n'a pas eu lieu. Malgré l'absence de statistiques officielles de la Chancellerie permettant de mesurer quantitativement la portée pratique de cette extension du contradictoire aux parties, d'après les greffiers de l'instruction, cette réforme garde un impact marginal dans la réalité judiciaire, tant sur le travail de reprographie que sur les risques de fuites (sanctionnées par les dispositions du sixième alinéa de l'article 114 Code de procédure pénale). Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 30 décembre 1996, l'instruction ne connaît ni une multiplication des déficiences ni un accroissement de fuites. Dans une autre matière aussi sensible, à savoir l'assistance éducative, il est intéressant de constater que la contradiction des dossiers du Juge des Enfants à l'égard de la famille connaît une évolution identique à l'instruction : une consultation marginale sans problème particulier qui au contraire favorise le dialogue à l'audience et la compréhension de la décision.

<sup>148</sup> En pratique, l'accès au dossier se révélait relativement difficile en raison de la prise en compte de nombreuses variables comme les horaires d'ouverture, les nécessités du cabinet, le travail du greffe, l'espace et le temps de le consulter...

l'arrivée de la photocopieuse. La jurisprudence d'abord<sup>149</sup>, le législateur ensuite<sup>150</sup>, lui reconnaît le droit d'obtenir des photocopies du dossier. Dès lors, il peut le consulter librement et à tout instant. Incidemment, cette révolution technique provoque l'ouverture de la procédure à l'égard des parties. Ensuite, la contingence financière liée à la délivrance de copies disparaît en 2001 avec l'affirmation du principe de la gratuité<sup>151</sup>. Enfin, avec les progrès de l'informatique, le dossier se dématérialise. Pour le travail et la consultation des dossiers très volumineux et complexes, le Ministère de la Justice a mis au point un logiciel d'exploitation performant qui facilite les recherches et l'appréhension du dossier par les magistrats, mais pas nécessairement par les avocats<sup>152</sup>.

Aussi, l'accès au dossier par l'avocat et la personne mise en examen à l'aide de moyens concrets permettant une communication efficace, favorisent une meilleure protection des droits de la défense.

**308.** L'opportunité laissée à la défense de demander des actes d'investigation contrebalance le pouvoir d'enquête général accordé à l'accusation. En l'espèce, la mise en œuvre du principe de l'égalité des armes sur le plan probatoire contribue à garantir les droits de la défense en rééquilibrant le rapport de force entre les protagonistes<sup>153</sup>.

Il n'y a pas très longtemps, on pouvait encore lire sous la plume d'un avocat que « *dans sa guerre contre l'appareil répressif, les moyens des uns et des autres sont suffisamment inégaux pour que l'avocat ne puisse s'offrir le luxe d'un état d'âme* ». <sup>154</sup> D'autres synthétisaient leur propos en regrettant « *leur position d'infériorité par rapport au juge* » <sup>155</sup>. Ces critiques étaient parfaitement légitimes et justifiées puisque sous l'empire du Code d'instruction criminelle de 1808, comme sous le Code de procédure pénale de 1958, la personne inculpée ne disposait

<sup>149</sup> CA d'Aix-en-Provence, 23 mai 1961, D.1961, jurisp. p.484.

<sup>150</sup> Loi n° 83-466 du 10 juin 1983, JO du 11 juin 1983, p.1755.

<sup>151</sup> Cf. infra n°336.

<sup>152</sup> La plus grande difficulté pour la défense dans les dossiers volumineux est de parvenir à retrouver les pièces qui intéressent le client parmi plusieurs tomes et milliers de cotes totalement inutiles. Cette difficulté d'accès pratique au dossier était particulièrement prégnante dans le procès *Chalabi* sur les "réseaux islamistes" en 1999. Depuis, le juge d'instruction et le parquet n'ont plus le monopole d'accès à ce logiciel. Dans l'affaire du réseau pédophile d'Angers poursuivant soixante-six personnes devant la Cour d'assises en mars 2005, la défense – comme les parties civiles – a eu accès aux 25 000 pages du dossier au moyen d'un logiciel d'exploitation. V. **BENSOUSSAN**, Alain. " *Égalité des armes* " ou le partage de la gestion électronique des dossier d'instruction. Gaz. Pal. du 21 janvier 1999, pp.122-126.

<sup>153</sup> « *Les lois de 1993 ont introduit dans la procédure d'instruction préparatoire certains éléments du procès équitable, en ce qu'elles améliorent le caractère contradictoire et l'égalité des armes* ». **MOUCHARD**, Michel. *L'instruction préparatoire en France et la jurisprudence de la Cour de Strasbourg relative au procès équitable*. in *Quelle Europe pour les Droits de l'homme ? La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une union plus étroite* (35 années de jurisprudence 1959-1994). (dir.) **TAVERNIER**, Paul., **IMBERT**, Pierre-Henri, 1996, Éd. Bruylant, p.273.

<sup>154</sup> « *Il faut savoir que l'avocat d'une personne accusée d'un crime ou d'un délit est seul contre une armada de policiers, d'experts, dirigé par deux magistrats, un juge et un procureur [...]. Les enquêteurs ont le droit de passer au crible la vie et les actes de son client en réunissant tous les témoignages indispensables. L'avocat, lui, n'a aucun droit sauf de rester dans son cabinet et d'avoir accès 24 heures avant l'interrogatoire au dossier, chez le juge, entre 13h30 et 14h30 à Paris. Le moindre contact avec les témoins et c'est le délit de subornation. La moindre enquête sur le terrain du délit ou du crime lui est défendu, sauf lorsque la police est passée, mais il ne dispose d'aucune autorité pour faire quoi que ce soit lui-même* ». **SOULEZ-LARIVIERE**, Daniel. *L'avocature*. « *Maître, comment pouvez-vous défendre ?* » Éd. Ramsay, 1982, p.269.

<sup>155</sup> Ils souhaitent « *une reconnaissance officielle des droits de la défense qui leur permettrait de ne pas être en position de toujours quémander des choses si bêtement prosaïques [...], de s'en remettre à leur bon vouloir pour obtenir des moyens de contre-enquête, la possibilité d'intervenir dans les interrogatoires... Le sentiment général est celui de l'impuissance alors que le pouvoir des juges d'instruction leur paraît exorbitant* ». in **LENOIR**, Rémi. *Champ judiciaire et réforme de l'instruction*. Rev. sc. crim. 1989, p.209.

d'aucun droit lui permettant de demander l'accomplissement d'une investigation, hormis une expertise technique<sup>156</sup>. Désormais, ces diverses constatations d'atteinte aux principes et aux droits appartiennent au passé.

**309.** Depuis la loi du 4 janvier 1993, le législateur reconnaît la procédure de demande d'acte d'instruction au profit de la défense. Cette possibilité initialement limitée – au transport sur les lieux, à la production d'une pièce détenue par un tiers, et à l'audition ou à la confrontation d'un témoin – marque néanmoins une avancée symbolique décisive pour la défense. Elle constitue un progrès inédit des droits de la défense. Pour la première fois, elle est à l'origine d'une action, elle dispose d'un droit d'agir.

L'examen de l'évolution du droit d'interroger un témoin est particulièrement révélateur de cette progression. Avant les lois de 1993, la personne mise en examen pouvait adresser au juge d'instruction des suggestions quant à l'audition de témoins, mais celui-ci n'était nullement tenu de les suivre, ni même d'en accuser réception. Au visa de l'article 6 § 3 d), la Convention européenne des droits de l'homme prescrit à « *tout accusé le droit d'interroger ou de 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* ». À diverses reprises<sup>157</sup>, la chambre criminelle a rappelé que le fait que l'audition d'un témoin n'ait pas été accompagnée au cours de l'instruction préparatoire de sa confrontation avec la personne mise en examen, n'entraîne pas la nullité de la procédure sur le fondement susmentionné puisqu'elle en dispose librement devant la juridiction de jugement. En effet, la jurisprudence européenne ne régleme pas précisément l'instant de la confrontation, cependant elle s'attache à vérifier que l'accusé a eu une « *occasion adéquate et suffisante* »<sup>158</sup> de contester le témoignage en cause, au moment de la déposition ou plus tard. En 1993, le législateur étend le droit d'interroger le témoin à la phase d'information. On peut y voir un moyen supplémentaire de parvenir à la vérité. Et l'on invoquera en faveur de cette réforme, le fait qu'à l'audience les parties ont bien le droit de solliciter l'audition d'un témoin<sup>159</sup>. Puis, en 2000, il le complète en autorisant la présence de l'avocat – à tout acte d'information – lors de l'audition du témoin avec la liberté – sous contrôle du juge d'instruction – de lui poser des questions.

---

<sup>156</sup> Art. 156 du C. pr. pén.

<sup>157</sup> V. Cass. crim. 26 août 1988, Cass. crim. 04 janvier 1990, Cass. crim. 19 avril 1991 et Cass. crim. 26 janvier 1994, in **MOUCHARD**, Michel. op. cit. pp.270-271. Au début des années 1990, le champ d'application de l'égalité des armes est singulièrement restreint par la jurisprudence de la chambre criminelle. Cf. Cass. crim. 25 juin 1991, inédit. Elle considère que les dispositions des articles 6 § 1 et 3 d) de la Convention européenne des droits de l'homme ne concernent que les juridictions de jugement, à l'exclusion des juridictions d'instruction. Pourtant, dans un arrêt du 24 janvier 1989, elle reconnaît implicitement, sans le citer, le principe de l'égalité des armes afin de permettre à l'accusé ou au prévenu de présenter tous les documents utiles à sa défense et d'auditionner les témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge. V. **JEAN-PIERRE**, Didier., **MELIN-SOUCRAMANIEN**, Ferdinand. *Le principe de l'égalité des armes*. Revue de la recherche juridique. Droit prospectif 1993, pp.505-506.

<sup>158</sup> CEDH du 19 décembre 1990, Aff. *Delta c/France*, Série A, n°191-A ; CEDH du 15 juin 1992, Aff. *Lüdi c/Suisse*, Série A, n°238 ; CEDH du 27 février 2001, Aff. *Luca c/Italie*, req. n°33354/96. Toutefois, la Cour censure une pratique consistant à accepter comme charges des témoignages qui ne peuvent être discutés. CEDH du 20 novembre 1989, Aff. *Kostovski c/Pays-Bas*, Série A, n°166 ; CEDH du 13 novembre 2003, Aff. *Rachdad c/France*, req. n°71846/01. V. **BOURMANNE**, Martine. *L'audition des témoins lors du procès pénal dans la jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l'homme*. RTDH, 1995, p.41. Cf. infra n°341.

<sup>159</sup> **PRADEL**, Jean. *Les personnes suspectes ou poursuivies après la loi du 15 juin 2000. Évolution ou révolution ?* D. 2001, p.1118 ; Cass. crim. 22 mars 1989, Bull. crim. n°144 ; Cass. crim. 4 juin 1998, Bull. crim. n°184.

**310.** La loi du 15 juin 2000 ne fait qu'achever la réforme initiée en 1993, en étendant l'action de la défense « à tous autres actes qui lui paraît nécessaire à la manifestation de la vérité »<sup>160</sup>. Ce nouveau droit est comparable au pouvoir de requérir l'exécution de tout acte du ministère public<sup>161</sup>. Dorénavant, la défense peut solliciter, dans les formes requises<sup>162</sup>, le magistrat instructeur afin qu'il diligente la convocation, l'audition ou la confrontation d'un témoin, la recherche de tous types de preuves matérielles au moyen de perquisitions, de saisies, d'interceptions en télécommunication et autres expertises génétiques, balistiques, graphologiques, informatiques, ainsi que toute la gamme des examens biologiques, chimiques et toxicologiques. Ces nouvelles prérogatives s'ajoutent à celles déjà existantes en matière d'expertise. En vertu de l'article 156 du Code de procédure pénale, la défense peut demander une expertise technique et préciser dans sa requête les questions qu'elle voudrait voir poser à l'expert. Elle peut également demander que soient prescrits aux experts d'effectuer certaines recherches ou d'entendre certaines personnes, nommément désignées, susceptibles de fournir des renseignements techniques<sup>163</sup>. En cas de refus de procéder à une demande de la défense, cette dernière peut bénéficier d'un second examen en faisant appel de la décision devant la chambre de l'instruction<sup>164</sup>. Par conséquent, la volonté de rééquilibrer le rapport de force entre les différents intervenants au procès est manifeste. Il se poursuit jusque dans la forme. Le législateur utilise la même formule pour le ministère public et la défense.

**311.** La demande d'acte d'investigation permet à la défense d'apporter la preuve de son innocence ou à défaut, de démontrer l'inexactitude, l'incohérence, l'irrégularité des arguments de l'accusation. Ce droit est un apport déterminant pour la défense. Le respect du principe de l'égalité des armes constitue son fondement principal<sup>165</sup>. En outre, il entraîne des conséquences positives sur le principe du contradictoire<sup>166</sup>, mais il faut également compter « avec l'obligation de s'accommoder d'un éventuel résultat d'investigation négatif

<sup>160</sup> Art. 82-1 du C. pr. pén.

<sup>161</sup> GUINCHARD, Serge., BUISSON, Jacques. *Procédure pénale*. Éd. Litec, 2005 p.856.

<sup>162</sup> Art. 81 al.10 du C. pr. pén. La demande d'acte doit être écrite et motivée, portée sur des actes déterminés et, au cas d'audition, indiquer l'identité de la personne à entendre. Formée par déclaration au greffier du juge d'instruction saisi du dossier, elle doit être constatée et datée par le greffier qui la signe avec le demandeur ou son avocat. Cf. Circ. du 20 décembre 2000, BOMJ n°80, § 1.2.2.1.

<sup>163</sup> Art. 165 du C. pr. pén.

<sup>164</sup> Art. 82-1 al.2, 81 dernier alinéa et 186-1 du C. pr. pén. De manière plus générale, la possibilité laissée à la défense de faire appel des décisions qui lui font grief devant une juridiction du second degré participe également au respect des principes et des droits. V. ANGEVIN, Henri. *La pratique de la chambre de l'instruction*. Éd. Litec, 2004.

<sup>165</sup> À l'origine, sur le plan probatoire, la défense se trouvait dans une situation juridique de très nette infériorité par rapport à une accusation et un magistrat instructeur omnipotents. La reconnaissance croissante du principe en tant que concept processuel efficient au sein de la Cour européenne des droits de l'homme, son influence grandissante sur notre droit positif, ainsi que ses capacités d'adaptation et d'exercice ont influencé notre législateur à l'utiliser. « Longtemps marginaux dans une procédure à dominante inquisitoire, les droits des parties au cours de l'instruction ont progressivement été renforcés, notamment avec la loi du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale. Poursuivant cette évolution, le projet de loi élargit les droits des parties [...] à l'instruction préparatoire. Il permet à la France de se rapprocher du principe de « l'égalité des armes » défini par la Convention européenne des droits de l'homme, conformément aux recommandations du rapport de la commission Justice pénale et droits de l'homme ». in Rapport de l'Assemblée nationale n°1468 par C. Lazerges du 11 mars 1999 sur le projet de loi renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, 1<sup>e</sup> partie.

Disponible sur : <http://www.assemblee-nationale.fr/11/rapports/r1468-02.asp> [consulté le 08/07/2007]

<sup>166</sup> La demande d'acte est un facteur de discussion naturelle entre les parties et avec le juge, notamment lorsque l'audience fait suite à la communication des résultats des investigations sollicitées.

accroissant parfois les charges »<sup>167</sup>. Désormais, la défense possède un moyen d'investigation redoutable par l'imprévision des résultats. En conséquence, elle se doit de l'utiliser à bon escient. « *L'implication responsabilisante de la défense dans la démarche de recherche de la vérité, est un changement fondamental qui contraste avec le mythe d'antan d'une plaidoirie magique du dernier moment, où l'avocat pouvait d'autant plus s'acharner sur les insuffisances d'une procédure qu'il n'avait jamais coopéré à son élaboration* »<sup>168</sup>.

Face à une réforme accueillie comme un progrès salubre par l'ensemble de la doctrine, les praticiens, et plus spécialement les juges d'instruction, se sont montrés davantage prudents, en proportion de leur réticence à partager leur monopole d'investigation dans la recherche de la vérité. Crainte d'une concurrence partisane ? Crainte d'une multiplication des demandes ou encore d'une privatisation de l'instruction ? Il n'est pas encore véritablement dans la culture des magistrats de considérer l'avocat comme un partenaire dans la conduite de l'enquête. Pourtant, à l'instar de l'ouverture du dossier aux parties, la demande d'acte marque un progrès des droits sans constituer pour autant une contestation du pouvoir d'enquête du magistrat ou une perte d'efficacité pour l'accusation. En pratique, cette prérogative ouverte aux parties reste mesurée. D'une part, parce que le juge d'instruction anticipe généralement leurs demandes, et d'autre part, parce qu'il garde l'entière maîtrise de l'enquête en avalisant ou non leurs requêtes. Au surplus, la défense engage véritablement sa responsabilité en collaborant à l'enquête et en prenant le risque d'obtenir des résultats contraires à ses intérêts.

Au-delà de sa portée raisonnable dans les procédures judiciaires, c'est l'esprit même de l'instruction qui s'en trouve radicalement modifié. L'intégration progressive et continue des principes du contradictoire et de l'égalité des armes au sein de la phase préparatoire amorce d'ors et déjà un changement de nature irréversible qui tend vers le système du procès équitable<sup>169</sup>.

## 2) Un accroissement horizontal des droits et des principes

**312.** La garantie des droits de la défense à travers l'expansion des principes du contradictoire et de l'égalité des armes se vérifie en théorie comme en pratique, conformément à la célèbre formule selon laquelle « *la Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs* »<sup>170</sup>. Ces progrès concernent évidemment en priorité la défense, mais ils intéressent également une quasi-défense reconnue juridiquement sous le statut de témoin assisté, une catégorie intermédiaire entre le témoin et le mis en examen. En outre, ils influent directement sur la qualité des débats contradictoires qui ont cours durant l'instruction.

**313.** Les droits de la défense ne connaissent pas uniquement une croissance verticale avec la densité grandissante des principes au sein du système, ils progressent

---

<sup>167</sup> BROUQUET-CANALE, Muriel., DANET, Jean., MOLLA, Alain. *Débat : la défense pénale à l'épreuve des changements de la justice*. in Justices, hors série du Recueil Dalloz, 06 décembre 2001, p.34.

<sup>168</sup> ibid. idem.

<sup>169</sup> Cf. infra Partie 2, Titre 2.

<sup>170</sup> CEDH du 17 janvier 1970, Aff. *Delcourt c/France*, Série A, n°11, § 25 ; CEDH du 09 octobre 1979, Aff. *Airey c/Irlande*, Série A, n°32, § 24 ; CEDH du 13 mai 1980, Aff. *Artico c/Italie*, Série A, n°37, § 33 ; CEDH du 19 avril 1994, Aff. *Van de Hurk c/Pays-Bas*, Série A, n°288, § 59 ; CEDH du 28 septembre 2005, Aff. *Virgil Ionescu c/Roumanie*, req. n°53037/99, § 44.



également de façon horizontale. Pour preuve, la distinction entre le statut de témoin assisté et celui de mis en examen tend à disparaître sur le plan des droits.

Jusqu'à très récemment, lorsque dans le cours d'une instruction apparaissaient à l'encontre d'une personne des indices laissant penser qu'elle ait pu participer à la commission d'une infraction, la mise en cause de cette personne s'appréciait selon un cadre juridique strictement binaire : soit elle était entendue comme témoin, soit elle était interrogée en qualité d'inculpé. À l'image de la mise en cause dans la phase policière, il existe différents degrés d'implication pour lesquels une protection graduée s'avère nécessaire, d'une part, et s'accorde mal avec un encadrement juridique "manichéen", d'autre part. L'idée d'une catégorie intermédiaire s'est progressivement imposée à notre droit positif, entre celle du témoin, qui n'est pas partie à la procédure et ne bénéficie pas des droits de la défense, et celle de personne mise en examen, bénéficiant de droits mais subissant également des contraintes. Et ceci d'autant plus que les praticiens usaient des mises en examen tardives<sup>171</sup>.

Restée à l'état de proposition au cours des travaux de la Commission Soyer en 1978, la notion de témoin assisté apparaît finalement dans un amendement parlementaire incident à la loi du 30 décembre 1987<sup>172</sup> afin de permettre aux personnes nommément désignées dans une plainte avec constitution de partie civile d'être entendues comme témoins avec l'assistance d'un avocat. Cette nouvelle catégorie juridique relativement indéfinie *ab initio* connaît néanmoins certaines limites jurisprudentielles<sup>173</sup> avant de s'accroître à nouveau avec les réformes de 1993. Le législateur étend le statut de témoin assisté aux personnes nommément désignées dans un réquisitoire introductif<sup>174</sup>. Mais le but qui consistait à ne plus assimiler le statut d'inculpé avec celui de coupable aux yeux de l'opinion publique n'est que partiellement atteint avec la substitution linguistique de la mise en examen. En outre, la succession des réformes conduit à distinguer le « simple témoin assisté » de l'article 104 et le « témoin assisté, partie au procès » ou « surassisté »<sup>175</sup> de l'article 105. Pour mettre un terme au flou juridique et aux incohérences<sup>176</sup> autour de la notion de témoin assisté, et limiter les mises en examen abusives<sup>177</sup>, la loi du 15 juin 2000 instaure une structuration juridique de la mise en cause<sup>178</sup> de la personne au cours d'une instruction en prévoyant en fonction du degré et de la

<sup>171</sup> V. SPITERI, Pierre. *Les problèmes des inculpations tardives*. JCP 1966, I, 2014 ; VOUIN, Robert. *Le malheureux article 105 CPP*. D. 1974, chron. p.1.

<sup>172</sup> Loi n° 87-1062 du 30 décembre 1987 relative aux garanties individuelles en matière de détention provisoire.

<sup>173</sup> Le témoin assisté n'est pas une partie au procès, il ne peut pas exercer des voies de recours ou intervenir devant la chambre d'accusation. Cass. crim. 30 octobre 1990, Bull. crim. n°362 ; Cass. crim. 25 janvier 1993, Bull. crim. n°38. Le juge d'instruction doit informer le témoin assisté de ses droits. Ch. Acc. Douai, 20 mai 1992, Jurisdata n°041468.

<sup>174</sup> L'alinéa 3 de l'article 105 prescrivait qu'après un réquisitoire nominatif du procureur de la République le juge d'instruction pouvait choisir de ne pas mettre en examen la personne concernée, laquelle devait alors être entendu comme témoin et bénéficiait de tous les droits de la personne mise en examen.

<sup>175</sup> V. Cass. crim. 02 juillet 1998, JCP 1999, II, 10085, Obs. Jeandidier ; Cass. crim. 19 novembre 1998, Bull. crim. n°309.

<sup>176</sup> GIUDICELLI, André. *Le témoin assisté et la personne mise en examen : vers un nouvel équilibre ?* Rev. sc. crim. 2001, p.43 ; GUERY, Christian. *Du témoin assisté à la partie virtuelle*. Dr. pénal, 1997, chron. n°24 ; *Les paliers de la vraisemblance pendant l'instruction préparatoire*. JCP 1998, I, 140. V. Cass. crim. 03 juin 2003, D. 2004, Somm. Com. n°672, Obs. J. Pradel.

<sup>177</sup> En 1998, sur un total de 65 860 personnes mises en examen, 9 377 ont abouti à un non-lieu. Cf. Circ. du 20 décembre 2000, BOMJ n°80.

<sup>178</sup> En matière de mise en cause, l'article 80-1 al.3 du Code de procédure pénale prescrit l'application du principe de subsidiarité : le juge d'instruction ne peut procéder à la mise en examen d'une personne que s'il estime ne pas pouvoir recourir à la procédure de témoin assisté. En pratique, les statistiques démontrent un ordonnancement inversé, à l'image du contrôle judiciaire et de la détention provisoire. En 2001, on comptabilisait 5 185 témoins assistés pour 44 058 personnes mises en examen, soit un ratio de 10.5 %. En 2003,

consistance de l'implication, un statut de témoin assisté pour la personne simplement impliquée, et un statut de mis en examen pour la personne à l'encontre de laquelle existent des indices sérieux, proches de la constitution de charges, en faisant ainsi une sorte de différenciation entre « l'implication » et « l'accusation »<sup>179</sup>.

Contrairement au projet de loi<sup>180</sup> qui préconisait un alignement des droits du témoin assisté sur ceux de la personne mise en examen, le législateur préféra la recherche d'un équilibre entre les droits et les statuts. Dans un premier temps, les nouveaux droits de la défense issus de la loi du 15 juin 2000 ont essentiellement profité à la personne mise en examen avant d'être en partie transférés au témoin assisté par la loi du 9 mars 2004.

**314.** Aujourd'hui, les définitions de témoin assisté et de mise en examen sont très proches<sup>181</sup>. La différence entre les deux tient surtout à sa nature, à la limitation des moyens de contrainte utilisables à l'encontre du témoin assisté<sup>182</sup>, et accessoirement à l'étendue des droits attachés à chacun de ces statuts. Ce dernier critère de distinction est de moins en moins pertinent puisque la loi du 9 mars 2004 consacre l'extension des droits du témoin assisté.

Pour preuve, il bénéficie de nombreux droits du mis en examen tels que l'information de ses droits par le magistrat instructeur, le droit à l'assistance d'un avocat et à la communication du dossier, le droit à la confrontation avec les témoins ou la partie civile, le droit de faire appel, de déposer des requêtes en nullité<sup>183</sup>, ou encore le droit d'avoir connaissance des expertises le concernant avec la possibilité de faire des observations, voir de demander une contre-expertise<sup>184</sup>. Lors de l'audience, l'interrogatoire est dirigé par le juge d'instruction mais le témoin assisté peut poser des questions ou présenter de brèves observations à l'instar des autres parties<sup>185</sup>. L'expansion horizontale des droits de la défense est légitime parce qu'elle

---

ils ne représentaient plus que 6.5 % soit 3 587 témoins assistés pour 52 118 mises en examens. Cf. Statistiques de la Direction des Affaires Criminelles et des Grâces, Pôle études et évaluation de septembre 2004.

<sup>179</sup> GUINCHARD, Serge., BUISSON, Jacques. *Procédure pénale*. Éd. Litec, 2002, n°1079, p.850.

<sup>180</sup> LAZERGES, Christine. *Le projet de loi renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes*. Rev. sc. crim. 1999, p.165.

<sup>181</sup> En matière de témoin assisté, le code exige l'existence « d'indices rendant vraisemblable » la participation de la personne à la commission de l'infraction. En ce qui concerne la personne mise en examen, il requiert l'existence « d'indices graves ou concordants rendant vraisemblable » la participation de la personne à la commission de l'infraction.

<sup>182</sup> Le témoin assisté a des droits et des devoirs semblables à une partie mais il n'est pas partie au procès ; il peut ni faire l'objet d'une ordonnance de renvoi ou d'un mandat de dépôt, ni être placé sous contrôle judiciaire et encore moins en détention provisoire. Toutefois la chambre criminelle précise qu'une personne nommée désignée dans une plainte avec constitution de partie civile mais n'ayant pas encore acquis la qualité de témoin assisté, peut être entendue par un OPJ agissant sur commission rogatoire du juge d'instruction. Cass. crim. 23 mars 2004, D. 2004, IR, n°1213 ; JCP 2004, IV, n°2023. La procédure de garde à vue est indépendante du statut de témoin assisté (la première étant exclusive à la phase policière et la seconde à la phase d'investigation) et ne préjuge pas non plus d'une mise en examen, même si en pratique, elles partagent des fondements relativement proches.

<sup>183</sup> Art. 170 du C. pr. pén.

<sup>184</sup> Art. 113-1 à 113-8 et 167 du C. pr. pén. La volonté du législateur à maintenir quelques distinctions de droits entre les deux statuts est à l'origine d'une nouvelle controverse, à moins que cela ne soit une mauvaise rédaction. Quoi qu'il en soit, il est légitime de s'interroger sur le sens à donner à la notification des expertises "concernant le témoin assisté". Un témoin assisté n'est-il pas toujours concerné par une expertise, qu'elle conforte la crainte d'une mise en examen ou donne l'espoir d'une mise hors de cause ? Par ailleurs, comment justifier que soit imparti au témoin assisté un délai pour présenter une demande de complément d'expertise ou de contre expertise si le juge peut ignorer une telle demande ? Entre le respect compliqué d'une distinction et une interprétation *ultra petita* simplifiée, il appartiendra aux praticiens de trancher.

<sup>185</sup> Art. 120 du C. pr. pén. Lorsque le juge entend procéder à la mise en examen d'une personne déjà entendue au titre de témoin assisté, il peut, préalablement à sa mise en examen, la mettre en mesure de faire valoir ses observations seule, dès lors qu'elle n'a pas souhaité bénéficier de l'assistance d'un avocat. Cass. crim. 11 mai

est proportionnelle au degré de suspicion qui rend vraisemblable la participation de la personne à la commission de l'infraction. De plus, sur un plan processuel, elle se justifie en raison de la simplicité des formalités qui encadre le changement de statut de témoin assisté à celui de mis en examen. À tout moment de la procédure, à l'occasion d'une audition ou par lettre recommandée avec avis de réception, à la demande du témoin assisté<sup>186</sup> ou de sa propre initiative<sup>187</sup>, le juge d'instruction peut procéder à la mise en examen.

En définitive, pendant la phase d'investigation, les droits et les principes s'accroissent à la fois verticalement et horizontalement. Ces avancées fondamentales influent nécessairement sur le bon déroulement des débats contradictoires.

**315.** L'instruction constitue de manière générale une phase de préservation des droits de la défense parce que les débats y sont contradictoires et équilibrés. À l'inverse de la garde à vue, à l'instruction l'intensité des principes consolide la densité des droits. L'existence des droits n'est pas uniquement théorique et formelle, elle est surtout réelle et concrète<sup>188</sup> en amont et pendant les débats devant le juge d'instruction et *a fortiori* devant le juge des libertés et de la détention.

En amont, la présence effective d'un professionnel du droit aux côtés du mis en examen matérialise les droits de la défense. Sous l'angle du principe du contradictoire, elle met en exergue l'information et son appropriation, la connaissance de la matière juridique et l'exercice des droits, les explications de procédure et les conseils qu'un avocat peut apporter. Tandis que sous l'angle du principe de l'égalité des armes, il s'agit davantage de rééquilibrer le rapport de force avec l'accusation sur un plan professionnel, par rapport aux disciplines juridiques, aux connaissances subtiles de la matière judiciaire et aux enjeux du système pénal. De même, l'accès à la procédure constitue une autre manifestation des droits de la défense. Le contradictoire permet d'appréhender le contenu et le contenant de la procédure alors que l'égalité des armes l'intègre dans une globalité afin d'apprécier la situation de la défense par rapport aux autres parties.

Ces manifestations parmi d'autres<sup>189</sup> des droits et des principes influencent directement le bon déroulement de l'audience. Pour s'en convaincre, il suffit de comparer la procédure d'interrogatoire devant l'OPJ avec celle qui a lieu devant le magistrat instructeur. S'il est démontré que l'interrogatoire en garde à vue place intentionnellement la défense dans une situation de déséquilibre particulièrement prégnant<sup>190</sup>, à l'instruction la défense atteint au contraire un point d'équilibre qui lui permet de se défendre efficacement.

**316.** Lors de l'audience, le juge d'instruction dirige l'interrogatoire. Il pose des questions, il entend les explications<sup>191</sup>, les diverses versions ou les dénégations ; ce qui ne

---

2004, AJ Pénal, 2004, p.289. Obs. J. Leblois-happe. L'auteur critique la solution adoptée par la chambre criminelle, laquelle fait de cette formalité une nullité d'ordre privé, soumise à l'existence d'un grief.

<sup>186</sup> Art. 113-6 du C. pr. pén.

<sup>187</sup> Art. 113-8 du C. pr. pén.

<sup>188</sup> Cf. supra n°301 et s.

<sup>189</sup> Nous nous limitons intentionnellement au droit à l'avocat et à l'accès au dossier pour notre démonstration parce que nous ne poursuivons pas un but d'exhaustivité et surtout parce qu'il s'agit des deux plus importantes manifestations des droits et principes. Mais il faut évidemment tenir compte de l'encadrement matériel, formel ou informel, du temps de préparation octroyé à la défense, du droit à un interprète... toutes ces expressions des droits et des principes s'associent et se combinent, et de cette fusion résulte des conditions favorables pour un débat contradictoire et équilibré.

<sup>190</sup> Cf. supra n°264 et s.

<sup>191</sup> Un interrogatoire ne se limite pas uniquement à poser des questions selon une stratégie préétablie. 80 % du temps de l'interrogatoire est constitué par l'écoute des dires de la personne interrogée.

l'empêche pas de soulever les incohérences ou de convenir de carences. À l'instar de l'OPJ en garde à vue, il use des techniques d'interrogatoire<sup>192</sup> pour rechercher la vérité judiciaire, toutefois, la défense n'est plus dans une position d'infériorité aussi prégnante que dans la confidentialité des salles d'interrogatoire de la police judiciaire. Devant le juge d'instruction, garant des libertés individuelles et de l'équité de la procédure, elle bénéficie de droits et de principes : elle est assistée d'un conseil qui a accès à la procédure, elle peut solliciter des actes d'investigation<sup>193</sup>, des requêtes en nullité<sup>194</sup>, et le juge peut lui réserver un temps suffisant en fin d'audience pour poser des questions ou faire valoir des observations<sup>195</sup>. La défense se responsabilise, elle devient active, elle s'investit à part entière dans l'instruction et jouit d'un espace – délimité – de parole et d'exercice. En outre, la nature formelle des procédures d'instruction et notamment l'interrogatoire<sup>196</sup> rendent compte de ce rapport de force équilibré entre les acteurs. La retranscription par écrit de l'audition dans le procès-verbal d'interrogatoire retrace fidèlement les différents événements de l'audience tels que le jeu des questions/réponses ou les éventuelles demandes. Elle s'effectue sous la dictée du magistrat ou à l'initiative du greffier, en direct pour faciliter la fluidité des échanges, mais toujours sous le contrôle du juge et des parties. Une totale transparence de la retranscription permet à la défense d'intervenir en temps réel ou *a posteriori*, avant la signature du procès-verbal pour modifier une phrase, compléter une réponse ou préciser une expression<sup>197</sup>. L'ensemble de ces garanties formelles prescrites à peine de nullité concourent aux progrès des droits de la défense. Et le respect des droits et des principes tout au long de l'instruction, avalisé par une participation active de la défense, n'empêche pas les procédures d'être efficaces. Bien au contraire, ils lui confèrent les caractéristiques d'une procédure équitable, légitime et juste.

**317.** Toutes les conditions sont réunies pour favoriser un débat contradictoire et équilibré. Néanmoins l'absence – quasi permanente – d'un représentant du ministère public à l'audience ne manquera pas d'interpeller n'importe quel observateur extérieur. Comment le débat peut-il être contradictoire et équilibré en l'absence d'une partie principale ? N'est-il pas au contraire favorable à la défense dans le sens où le juge d'instruction entend seulement l'interprétation partisane du mis en cause.

---

<sup>192</sup> CLEMENT, Sophie., PORTELLI, Serge. *L'interrogatoire*. SOFFIAC, 2001, n°106.

<sup>193</sup> Cf. supra

<sup>194</sup> Art. 170 et 173 du C. pr. pén.

<sup>195</sup> Art. 120 du C. pr. pén. En pratique, les juges d'instruction se sont très vite rendus compte du profit qu'ils pouvaient tirer de la mise à disposition pour la défense d'un espace libre de discussions ou d'observations à des moments déterminés par le magistrat. Elle a permis de fluidifier les dialogues et faciliter les échanges au cours de l'interrogatoire. Auparavant, la défense avait régulièrement tendance à hachurer la discussion, à casser le rythme de l'interrogatoire avec des digressions pas spécialement en rapport avec les questions afin d'intégrer dans la discussion ce qu'elle tenait absolument à faire entendre au magistrat.

<sup>196</sup> L'aspect formel de l'interrogatoire débute dès la convocation. Elle est adressée à l'avocat au plus tard cinq jours ouvrables avant l'interrogatoire de la personne qu'il assiste (art. 114 du C. pr. pén). En pratique, deux situations sont visées : d'une part l'interrogatoire de première comparution au titre de l'article 80-2 dudit Code, d'autre part l'interrogatoire ultérieur à la première comparution, dit « *interrogatoire au fond* ». Dans l'hypothèse d'un défèrement, l'avocat est convoqué sans délai (art. 116 du C. pr. pén). Ces prescriptions processuelles constituent de véritables garanties formelles afin d'octroyer à la défense le temps suffisant pour consulter le dossier et préparer sa défense. À l'audience, après la vérification d'identité du mis en cause, la lecture des qualifications juridiques retenues ainsi que les droits expressément accordés à la défense, l'interrogatoire proprement dit débute avec les questions du magistrat instructeur.

<sup>197</sup> Selon le mode de retranscription, la défense peut intervenir lors de la dictée ou au moment de la lecture du procès-verbal. Avec les progrès de l'informatique, certains cabinets disposent d'un écran d'ordinateur, visible par l'ensemble des acteurs afin que chacun juge en temps réel de l'exactitude de la retranscription.

En réalité, les apparences sont trompeuses. En théorie, il ne peut y avoir d'atteinte au principe : l'article 119 du Code de procédure pénale précise que « *le procureur de la République peut assister aux interrogatoires, auditions et confrontations de la personne mise en examen, de la partie civile et du témoin assisté* ». Ensuite, l'éventuelle atteinte serait nécessairement volontaire puisqu'elle résulterait d'un libre choix de cette partie. Les juges sanctionneraient-ils une inégalité des armes au profit d'une partie qui en est à l'origine ? Par ailleurs, le ministère public n'est pas la seule partie qui peut-être absente de l'audience. Le mis en examen peut parfaitement être entendu seul – sans son conseil – par le juge d'instruction<sup>198</sup>. Enfin, la présence de l'accusation transparaît à travers les questions du juge d'instruction qui compare la thèse de l'accusation avec celle de la défense. L'appropriation des éléments à charge réunis par les OPJ et inscrits dans le dossier par le magistrat sous forme de récit, d'interrogation ou de sollicitation à l'égard de la défense, matérialise en filigrane non seulement la présence de l'accusation mais également son argumentation factuelle et probatoire.

N'existe-t-il pas un risque alors de confusion des fonctions ? Est-ce à un magistrat impartial et indépendant par définition de représenter l'accusation ? Le fait qu'un juge du siège reprenne à son compte la thèse développée par le parquet pour interroger un mis en cause porte atteinte, en apparence au moins, à ces principes et à ceux du contradictoire et de l'égalité des armes.

La dérive n'est qu'apparente. En fait, le juge confronte la thèse écrite de l'accusation avec la thèse orale de la défense. La disparité des modes d'expression des parties constitue moins un obstacle majeur à la discussion entre les parties qu'une forme particulière de contradiction ayant comme interface un magistrat<sup>199</sup>. Le juge d'instruction permet indirectement un échange d'arguments, une discussion entre les parties. Mais de ces échanges instructifs avec la défense, il opère surtout un travail intellectuel d'évaluation. Il lit et entend les interprétations de chacune des parties. Il soupèse leurs arguments respectifs. Il vérifie si les charges retenues contre le mis en examen résistent ou non aux raisonnements rationnels, aux démonstrations scientifiques, et à la thèse de la défense. En conséquence, les caractéristiques contradictoire et équilibré des débats sont bien réelles, mais il n'en est pas ainsi pour tous les débats.

**318.** L'expansion des droits et des principes n'est pas absolue. Elle connaît certaines limites que l'on pourrait croire a priori rattacher au contentieux de la détention<sup>200</sup>, mais elles sont en réalité davantage inhérentes à la procédure de défèrement.

En effet, avant la loi du 15 juin 2000, le juge d'instruction disposait des pouvoirs d'investigation et de mise en détention. Ce cumul des fonctions portait gravement atteinte aux droits de la défense parce que les juges d'instruction avaient développé une pratique qui consistait à faire de la détention un moyen de pression sur le mis en examen<sup>201</sup>. La contradiction et l'équilibre des débats étaient en quelque sorte "*court-circuiter*" par un abus de pouvoir dont l'initiative revenait à un magistrat, garant des libertés individuelles et représentant l'impartialité. La tentation du chantage à la détention pour extorquer des déclarations du mis en examen altérerait indéniablement la nature contradictoire et équilibré des

<sup>198</sup> Art. 116 du C. pr. pén.

<sup>199</sup> De toute façon, même en la présence du parquet à l'audience, le juge d'instruction dirige seul les débats et détermine, s'il y a lieu, l'ordre des interventions. Il n'existe pas de manifestation civile ou anglo-saxonne du contradictoire à l'instruction où les parties peuvent directement s'interpeller, s'échanger des arguments. Chaque partie s'adresse au juge d'instruction à moins que ce dernier autorise expressément une question directe à la partie adverse. Art. 120 du C. pr. pén.

<sup>200</sup> Pour une étude complète sur le contentieux de la détention provisoire. V. GUERY, Christian. *La détention provisoire*. Coll. Dalloz Référence, 2001 ; *Le placement en détention provisoire* : le dossier. AJ pénal 2003, p.9.

<sup>201</sup> GUINCHARD, Serge., BUISSON, Jacques. pp.862-863 ; DANET, Jean. op. cit. pp.49-50.

débats, et accessoirement portait atteinte à ses droits de la défense, notamment à son droit de garder le silence.

Depuis les années 70, les différentes législations ne cessaient de réaffirmer le principe de la liberté sur le caractère exceptionnel de la détention<sup>202</sup> alors que le nombre des détentions provisoires en France était considéré comme trop important, notamment par rapport à nos voisins européens<sup>203</sup>. À plusieurs reprises, il est intervenu pour restreindre les conditions d'application de la détention, exiger une motivation circonstanciée<sup>204</sup>, ou augmenter les seuils à partir duquel la détention pouvait intervenir. Il a même établi de nouveaux délais-butoir<sup>205</sup> dans le but de limiter le recours à cette mesure de contrainte.

Avec la loi du 15 juin 2000, il est partiellement parvenu à ses fins. Entre 1991 et 2001, le nombre de personnes mises en détention dans le cadre de l'instruction a baissé de 40 %, avant de connaître une croissance aussi soudaine que mesurée suite au repli sécuritaire<sup>206</sup>. Mais l'apport fondamental de cette loi est d'être parvenue à mettre un terme définitif à cette dérive prétorienne en instituant le juge des libertés et de la détention, magistrat du siège exclusivement compétent – en premier ressort – de l'ensemble du contentieux de la détention<sup>207</sup>. En privant le juge d'instruction de ce moyen de pression, les débats recouvrent une certaine sérénité et une authenticité directement dérivée des manifestations des principes du contradictoire et de l'égalité des armes – sus démontrés –, garants de l'exercice des droits de la défense.

En outre, l'institution d'un nouvel acteur pour appréhender l'enjeu de la détention apporte une "seconde appréciation", un "regard neuf" sur le dossier. S'il faut convenir qu'il ne dispose pas en général de suffisamment de temps pour consulter le dossier *in extenso*. Les débats sur la détention se déroulent selon le même rituel et les mêmes règles de procédure que devant le juge d'instruction. Par conséquent, le juge des libertés et de la détention peut parfaire sa connaissance du dossier lors des débats. Le contentieux spécifique de la détention ne constitue

---

<sup>202</sup> « La personne mise en examen, présumée innocente, reste libre. Toutefois, en raison des nécessités de l'instruction ou à titre de mesure de sûreté, elle peut être astreinte à une ou plusieurs obligations du contrôle judiciaire. Lorsque celles-ci se révèlent insuffisantes au regard de ces objectifs, elle peut, à titre exceptionnel, être placée en détention provisoire ». Art. 137 du C. pr. pén.

<sup>203</sup> Les chiffres-clés de la justice. L'administration pénitentiaire (mai 2004). Pour une comparaison européenne des statistiques de détention provisoire, voir l'enquête réalisée en 2001 par les statistiques pénales annuelles du Conseil de l'Europe (SPACE I), spécialement tableaux 4 et 5.

Disponible sur : <http://www.coe.int/T/F/Affaires%5Fjuridiques/Coop%E9ration%5Fjuridique/Emprisonnement%5Fet%5Falternatives/Statistiques%5FSPACE%5FI/> [consulté le 08/07/2007]

Disponible sur : [http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/1\\_ChifDAPmai04.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_ChifDAPmai04.pdf) [consulté le 08/07/2007]

<sup>204</sup> Le placement en détention provisoire doit être prescrit par une ordonnance motivée qui, outre les conditions de fond, doit comporter l'énoncé des considérations de droit et de fait sur le caractère insuffisant des obligations du contrôle judiciaire et répondre à l'un au moins des critères limitativement énumérés par l'article 144 du code de procédure pénale. V. **MARON**, Albert. *Motivation de la détention*. Dr. pénal 1997, chron. 26.

<sup>205</sup> Art. 137 à 137-5, et 143-1 à 148-8 du C. pr. pén. V. **BUISSON**, Jacques. *Tableau synoptique de la détention provisoire dans la loi du 15 juin 2000*. Comm. 206 ; **DUMONT**, Jean. *Le contrôle judiciaire et la détention provisoire*. J-Cl. Fasc. 30, 2001.

<sup>206</sup> En 1991, 32 232 personnes faisaient l'objet d'une détention provisoire dans le cadre de l'instruction contre 19 534 en 2001. En 2003, on en dénombre 24 002. À titre de comparaison, le pourcentage de personnes mises en examen placées en détention provisoire est de 46.3 % contre 56.7 % placées sous contrôle judiciaire en 2003. in *Statistiques de la Direction des Affaires et des Grâces de 2004*, p.47 ; au 1<sup>er</sup> juin 2005, sur un total de 59 786 personnes écrouées détenues, on comptait 20 910 prévenus, soit 35 % de prévenus, pour 38 876 condamnés.

Disponible sur : <http://www.justice.gouv.fr/minister/DAP/chiffres2005.htm#ppmj> [consulté le 08/07/2007]

<sup>207</sup> **LEMONDE**, Marcel. *Un juge des libertés et de la détention : une réelle avancée ?* Rev. sc. crim. 2001, p.51 ; **GUERY**, Christian. *Le nouveau juge des libertés et de la détention : premiers problèmes pratiques*. Gaz. Pal. du 08 septembre 2000, Doct. 1496, p.2 ; *Le juge des libertés et de la détention : un juge qui cherche à mériter son nom*. D. 2004, chron. 583.

pas par nature une limite à l'expansion des droits et des principes, à l'inverse de la procédure de défèrement.

**319.** À l'image de la comparution immédiate<sup>208</sup>, le défèrement du mis en cause devant le juge d'instruction puis devant le juge des libertés et de la détention entend concilier la célérité de la procédure avec le respect des droits et des principes. L'analogie entre ces deux procédures ne s'arrête pas avec la résolution de cet "oxymore processuel", elles empruntent un circuit juridique semblable jusqu'au défèrement devant le procureur de la République<sup>209</sup>. Les conclusions issues de l'analyse systémique du triptyque en matière de comparution immédiate<sup>210</sup> sont donc parfaitement transposables à l'instruction. Lors d'un défèrement, la défense souffre d'un déficit chronique de préparation inhérent à la rapidité de la procédure<sup>211</sup>. Dès l'arrestation, et durant toute la phase policière, les droits et les principes sont segmentés<sup>212</sup>. Lors du défèrement devant le procureur de la République, ils sont difficiles à concilier avec la réalité de la procédure<sup>213</sup>. Ensuite, la défense enchaîne avec les débats devant le juge d'instruction pour déterminer de la mise en examen, et elle termine avec le juge des libertés et de la détention pour trancher la requête de placement en détention provisoire. Sur un plan purement formel, elle bénéficie toujours des droits et des principes de l'instruction, seulement *in concreto*, la célérité de la procédure tend à les neutraliser. De la garde à vue au débat devant le juge des libertés et de la détention, il peut s'écouler seulement vingt-quatre, voir quarante-huit heures. Nonobstant les conditions d'épuisements physiques et psychologiques de la personne mise en examen inhérentes à ce traitement judiciaire, à chaque étape de la procédure elle cumule les carences théoriques ou les insuffisances pratiques de la phase antérieure. Si bien que le statut de mis en examen déféré est relativement distinct de celui de mis en examen dûment convoqué au regard de l'exercice concret et effectif des droits et des principes. En l'absence de statistiques sur les proportions respectives de ces statuts, les praticiens nous indique que le premier fait figure d'exception tandis que le second s'affirme comme la norme. La procédure de défèrement porte atteinte aux droits de la défense dans une moindre mesure, comparée aux comparutions immédiates ou à la procédure normale de l'instruction. Par ailleurs, il existe d'autres limites à l'accroissement des droits et des principes, à la fois indépendantes et transversales à la procédure d'instruction.

## B – Des droits contrariés par des atteintes résiduelles aux principes

---

<sup>208</sup> Cf. supra n°277 et s.

<sup>209</sup> Le choix opéré par le ministère public en faveur de la procédure de défèrement est fondamental en ce sens qu'il constitue quasiment un préjugement. Ce choix d'orientation n'est pas innocent même s'il repose sur des éléments objectifs difficilement contestables. Il n'en demeure pas moins qu'il est en général synonyme d'une détention provisoire. V. en ce sens AUBUSSON de CAVARLAY, Bruno., HURE, Marie-Sylvie. op. cit. pp.86-87, tableau n°22.

<sup>210</sup> Cf. supra n°278 et s.

<sup>211</sup> Pour illustrer à la fois notre propos d'analogie et de déficit de préparation, il est pertinent de remarquer le parallèle entre l'article 397 du Code de procédure pénale en matière de comparution immédiate et son pendant sous l'article 145 al.4 dudit Code en matière de défèrement. Tous deux proposent à la défense un délai de préparation pour consulter le dossier, discuter et convenir d'une stratégie en dehors des délais compressés de la procédure. Cependant, ce temps de préparation est accordé en contrepartie d'une incarcération immédiate de l'auteur présumé.

<sup>212</sup> Cf. infra Chapitre précédent.

<sup>213</sup> Cf. infra n°278.

**320.** Les atteintes aux principes que nous nous proposons de constater à présent ne remettent nullement en cause le courant principal en faveur des droits de la défense précédemment démontrés. Au contraire, le renforcement des droits, proportionnels aux avancées des principes, est tel qu'il a inversé la proportion atteinte/protection. Désormais, les atteintes aux principes font figure d'exception. Elles se manifestent principalement au sein de l'expertise pénale (1) en ce qui concerne le contradictoire et par une confusion des fonctions de poursuite et d'instruction (2) pour l'égalité des armes.

### 1) Une expertise pénale non contradictoire

**321.** Dans notre système judiciaire, le déroulement de l'expertise pénale<sup>214</sup>, prescrite aux articles 156 à 169-1 du Code de procédure pénale, est reconnu par l'ensemble de la doctrine et des praticiens comme non contradictoire. Cette anomalie juridique vis-à-vis des autres systèmes pénaux européens<sup>215</sup> comme à l'égard de nos juridictions civiles<sup>216</sup> et administratives<sup>217</sup>, trouve son fondement dans la tradition inquisitoriale de notre procédure pénale. Son absence du Code d'instruction criminelle de 1808 comme sa présence dans le Code de procédure pénale de 1958 ne modifie pas sa nature. Création purement prétorienne imposée par les nécessités de la pratique<sup>218</sup>, l'expertise s'est développée dans le respect du système inquisitoire, et donc en dehors du contradictoire.

---

<sup>214</sup> À ne pas confondre avec les "actes de recherche et de constatation" dévolue à l'OPJ. Cf. supra n°214. V. **FOMBONNE**, Jacques. *Les difficultés juridiques dans la définition de l'expertise pénale*. Gaz. Pal. du 03 février 1995, p.196. V également sur son déroulement **BOULEZ**, Jacques. *Expertises judiciaires*. Désignation et mission de l'expert, procédure selon la juridiction. Encyclopédie Delmas, 11<sup>e</sup> Éd. 1999 ; **CHAUVAUD**, Frédéric., **DUMOULIN**, Laurence. *Experts et expertises judiciaires*. Presses Universitaires de Rennes, 2003 ; V. Dossier AJ pénal 2006, p.56 sur l'expertise pénale.

<sup>215</sup> Traditionnellement, il existait deux systèmes d'expertise en Europe. Le premier est le système de l'expertise contradictoire, adopté par le *common law*, l'autre est celui de l'expert officiel, tel qu'il existe en France, en Belgique et en Allemagne. **DELMAS-MARTY**, Mireille. *Procédures pénales d'Europe*. Coll. Thémis, Éd. PUF, 1996, p.544. Cette dichotomie des systèmes d'expertise en fonction du contradictoire est de moins en moins pertinent en raison des progrès du principe dans le système de l'expert officiel. À titre d'exemple, le Code de procédure pénale espagnol reconnaît le principe de la dualité des experts (art. 459) et la possibilité pour la défense de les récuser (art. 467). Le Code de procédure pénale italien autorise les parties à désigner leurs propres experts, qui ont le droit de contrôler l'expert officiel dans son travail et d'être écoutés en contradiction avec lui et entre eux à l'audience.

<sup>216</sup> **MOUSSA**, Tony. *L'expertise : matières civile et pénale*. Coll. Dictionnaire juridique, 1983 ; **FRISON-ROCHE**, Marie-Anne. *L'expertise*. Dalloz, 1995, p.92 ; **MELENNEC**, Louis., **SICARD**, Jean. *Le caractère contradictoire de l'expertise médicale en matière civile*. Gaz. Pal. du 21 juin 1975, p.376 ; **OLIVIER**, M. *L'avis du spécialiste en matière d'expertise judiciaire civile et le principe du contradictoire*. Gaz. Pal. 1987, I, chron. p.57 ; **OLIVIER**, M., **DREYFUS**, P. *De la conduite des opérations de l'expertise judiciaire médicale en matière civile*. Gaz. Pal. du 30 Mars 1995, p.395.

<sup>217</sup> **BRETON**, Jean-Marie. *Le conseil d'État et le principe du contradictoire : Réflexions sur les méthodes du juge administratif et les exigences procédurales*. PA du 12 février 1997, p.11 ; **BENOIT-RHOMER**, F. *Le Conseil d'état et le principe du contradictoire*. PA du 02 avril 1997.

<sup>218</sup> Le recours par le juge aux hommes de l'art est une nécessité afin d'obtenir un avis qualifié sur des éléments de fait du procès. Cette pratique s'impose d'autant plus que l'évolution des sciences et techniques est particulièrement importante et très diversifiée. Le juge d'instruction – ainsi que les magistrats du parquet, les



De même, les projets de réforme favorisant l'entrée de la contradiction dans l'expertise pénale ne sont pas nouveaux. Dès 1878, une commission de réforme du Code d'instruction criminelle envisageait la pluralité d'experts. D'autres projets en 1899, en 1938 et en 1949 ont tenté son introduction sans y parvenir. Et lorsque le législateur reconnaît enfin ce principe au sein de l'expertise, il est immédiatement contingenté et réduit par des modifications successives<sup>219</sup>. En définitive, après de multiples réformes répondant pour l'essentiel à des réactions conjoncturelles<sup>220</sup>, le droit positif français semble finalement revenu au système en vigueur sous le Code d'instruction criminelle<sup>221</sup>.

La présence ou la représentation des parties au cours de l'expertise constitue l'élément essentiel du caractère contradictoire de l'expertise civile que le législateur refuse de transposer à la matière pénale malgré des recommandations en ce sens par la Commission justice pénale et droits de l'homme<sup>222</sup>. Seul un magistrat instructeur peut ordonner le recours aux services d'un expert dès lors que se pose une question d'ordre technique. Au surplus, il détermine leur nombre, les nomme et définit leur mission.

Si la nature non contradictoire de l'expertise pénale est toujours d'actualité aujourd'hui, il nous faut tout de même relativiser le propos au regard des nombreuses avancées du principe au sein de l'instruction qui ne reste pas sans influence sur le déroulement de l'expertise elle-même. Suite aux lois de 1993, le législateur reconnaît aux parties un droit d'intervention dans la mission de l'expert. L'article 165 du Code de procédure pénale précise qu'« *au cours de l'expertise, les parties peuvent demander à la juridiction qui l'a ordonnée qu'il soit prescrit aux experts d'effectuer certaines recherches ou d'entendre toute personne nommément désignée qui serait susceptible de leur fournir des renseignements d'ordre technique* ». Puis, au moment du dépôt du rapport par l'expert, le principe du contradictoire réapparaît. Le juge d'instruction a l'obligation de communiquer les résultats de la mesure aux parties<sup>223</sup>. Ainsi, elles peuvent solliciter un complément d'expertise ou une contre-expertise. La loi du 15 juin 2000 apporte aux parties un pouvoir d'impulsion en matière d'expertise. *Ab initio*, elles ont la capacité de solliciter la mesure, et parallèlement à l'article 165 du Code de procédure pénale, elles peuvent préciser dans cette demande les questions qu'elles voudraient voir poser à l'expert<sup>224</sup>. Aussi, l'emploi de la terminologie "non contradictoire" pour caractériser l'expertise n'est plus opportun et particulièrement trompeur vis-à-vis du droit des parties à débattre de l'expertise pendant la phase d'instruction. Enfin, la loi du 05 mars 2007 tendant à

---

avocats et les parties – est loin d'être omniscient en tout domaine. Aussi, il se trouve dans l'obligation de recourir à un ou plusieurs experts afin qu'ils l'éclaircissent sur des matières qui dépassent ses compétences.

<sup>219</sup> L'ordonnance n°58-1296 du 23 décembre 1958 réduit considérablement la portée de la loi du 30 décembre 1957 qui instaurait la contradiction dans l'expertise. Elle sera suivie par une ordonnance du 04 juin 1960, par la loi du 29 décembre 1972, celle du 06 août 1975 et enfin la loi du 30 décembre 1985.

<sup>220</sup> En effet, l'histoire juridique de l'expertise pénale évolue en fonction des grandes affaires criminelles – telles que le procès de Marie Lafarge, l'affaire Dreyfus, le procès de Marie Besnard, des médecins anesthésistes de Poitiers ou encore l'affaire dite du "petit Grégory" – qui mettent en exergue les déficiences de ce moyen de preuve à travers de nombreuses controverses techniques, et surtout contribuent à remettre en cause sa nature non contradictoire. V. **PONCELA**, Pierrette. *Les experts sont formels*. Revue Pouvoirs, n° 55, 1990, p.95 ; **FOUCAULT**, Michel. *Histoire de la folie à l'âge classique*. Éd. Gallimard, 1972. Dernièrement, l'affaire d'Outreau relance de nouveau le débat sur les déficiences de l'expertise non contradictoire.

<sup>221</sup> Cass. crim. 18 octobre 1990, Gaz. Pal. du 11 juin 1991, p.10 ; Cass. crim. 15 novembre 1990, Bull. crim. n°385.

<sup>222</sup> **DELMAS-MARTY**, Mireille. *Rapport sur la mise en état des affaires pénales*. Commission justice pénale et droit de l'homme, La Documentation française, 1991.

Disponible sur : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/914059500/index.shtml> [consulté le 08/07/2007]

<sup>223</sup> Art. 167 al.1 du C. pr. pén.

<sup>224</sup> Art. 156 du C. pr. pén.

renforcer l'équilibre de la procédure pénale<sup>225</sup> permet dorénavant aux parties de discuter le choix de l'expert, la nature des questions qui lui sont posées, de présenter des observations sur un rapport provisoir.

Ces avancées incontestables du principe nous conduisent par conséquent à distinguer l'expertise dans sa relation avec le magistrat, du déroulement proprement dit de la mesure d'investigation, en considérant seulement la première comme contradictoire<sup>226</sup>.

**322.** Les progrès des principes du contradictoire et de l'égalité des armes dans la phase d'instruction<sup>227</sup> se sont étendus jusqu'à la périphérie de l'expertise sans atteindre néanmoins sa mise en œuvre. Pourtant, de nombreux arguments de textes, de jurisprudences et de doctrines préconisent son développement.

Les principes du contradictoire et de l'égalité des armes, induits du concept de procès équitable, constituent des exigences fondamentales fortement et concrètement défendues par la Convention européenne des droits de l'homme et expressément prescrites dans l'article préliminaire de notre Code de procédure pénale. À Strasbourg, les juges européens mettent en avant les droits du prévenu à se défendre efficacement, et notamment d'avoir la possibilité de consulter et critiquer utilement l'expertise<sup>228</sup>. Quelques années plus tard, dans un arrêt fondateur<sup>229</sup>, ils précisent leur analyse et élèvent à la fois leur degré d'exigence en matière de contradictoire. Non seulement ils reconnaissent l'applicabilité de l'article 6 § 1 à l'expertise, mais ils condamnent également la France au motif que le respect du caractère contradictoire d'une procédure doit impliquer pour les parties, quand le magistrat ordonne une expertise, la possibilité de contester devant l'expert les éléments pris en compte par celui-ci pour l'accomplissement de sa mission<sup>230</sup>. Ils envisagent donc la contradiction comme une possibilité de débattre sans pour autant remettre en cause l'intervention d'un seul expert nommé par le juge, la Cour s'abstenant de réglementer le régime des preuves<sup>231</sup>. Mais l'apport déterminant de cet arrêt est de préciser que la contradiction doit intervenir en temps utile. Comme l'auteur, nous pensons qu'il est évident que *« la seule possibilité de contester le rapport d'expertise devant le Tribunal ne permet pas une mise en œuvre efficace du contradictoire étant donné que le rapport en cause est définitif à ce stade ; or, il n'est pas du tout certain que le fait de pouvoir donner son sentiment à ce moment-là soit pour le prévenu une possibilité véritable de commenter efficacement ledit rapport. Il est en effet essentiel que les parties puissent avoir la possibilité, non seulement de faire connaître les éléments indispensables aux succès de leurs prétentions, mais aussi de prendre connaissance et de discuter toutes les pièces ou documents présentés au juge en vue d'influencer sa décision »*<sup>232</sup>. En définitive, notre droit interne n'est pas conforme au droit dérivé européen, ni même en

---

<sup>225</sup> **GUERY**, Christian. *La loi du 05 mars 2007 et l'instruction préparatoire*. AJ pénal 2007, p.108 ; **MATSOPOULOU**, Haritini. *Renforcement du caractère contradictoire, célérité de la procédure pénale et justice des mineurs*. Droit pénal mai 2007, chron. p.5.

<sup>226</sup> **ARMAND-PREVOST**, Michel., **CASTON**, Albert., et al. *Du caractère contradictoire de l'expertise en matière pénale*. Groupe de travail réunissant des avocats et des experts judiciaires. Gaz. Pal. du 13 au 17 août 2004, chron. p.2368.

<sup>227</sup> Cf. supra n°300 et s.

<sup>228</sup> CEDH du 29 mai 1986, Aff. *Feldbrugge c/Pays-Bas*, Série A, n°99, § 44.

<sup>229</sup> CEDH du 18 mars 1997, Aff. *Mantovanelli c/France*, req. n°21497/93. V. **RENUCCI**, Jean-François. *L'expertise pénale et la Convention européenne des droits de l'homme*. JCP 2000, I, 227, p.850 ; **MARGUENAUD**, Jean-Pierre. *Le droit à l'expertise équitable*. D. 2000, n° 7, chron. p.111 ; JCP 1998, I, 107, n°24, obs. F. Sudre ; Rev. gén. Proc.1998, p.238, Obs. J-F Flauss.

<sup>230</sup> Cf. CEDH du 18 mars 1997, Aff. *Mantovanelli c/France*, req. n°21497/93, § 31.

<sup>231</sup> CEDH du 12 juillet 1988, Aff. *Schenk c/Suisse*, Série A, n°140, § 46.

<sup>232</sup> **RENUCCI**, Jean-François. op. cit. pp.853-854.

accord avec les aspirations de la majorité de la doctrine ou quelques praticiens<sup>233</sup> qui appellent de leurs vœux la consécration d'une expertise véritablement contradictoire, eu égard aux enjeux stratégiques qu'elle engendre.

**323.** Pour les droits de la défense, cette résistance à l'introduction du contradictoire dans l'expertise est surannée, paradoxale et surtout dangereuse au regard des enjeux.

Au sein de la phase d'investigation, l'expertise pénale représente un trait caractéristique de notre système inquisitorial. Le qualificatif "non contradictoire" autrefois attribué à l'instruction n'est plus valable aujourd'hui, si bien que l'expertise fait figure d'oxymore paradoxal. Outre le renforcement des droits de la défense, les progrès du contradictoire concourent activement au processus général de recherche de la vérité ; il en est même un élément fondateur. Aussi est-il paradoxal de constater que dans l'instruction, phase déterminante dont le but est d'appréhender au plus près la réalité des faits, et notamment au moyen du principe du contradictoire, le législateur persiste à conserver l'expertise, outil d'investigation essentiel dans l'approche de la vérité, en dehors de toute contradiction<sup>234</sup>.

La situation est paradoxale et dérive parfois jusqu'à l'absurde. Ainsi, lorsque dans une même affaire, les juridictions civiles et pénales sont parallèlement saisies. Sur le plan pénal, l'expertise reste non contradictoire et entièrement sous le contrôle du juge alors que dans son volet civil, elle est entièrement contradictoire dans la nomination des experts comme dans son déroulement. Cette incohérence est d'autant plus insoutenable que cette hypothèse est loin d'être exclusivement théorique. Enfin et surtout, elle est particulièrement dangereuse pour les droits de la défense.

**324.** L'expertise véhicule tous les inconvénients d'une procédure non contradictoire alors qu'elle influence de façon déterminante l'issue du procès. En premier lieu, il existe un décalage plus ou moins important selon le domaine scientifique examiné, entre le phénomène d'objectivation inhérent à l'expertise et la non prise en compte de la relativité des faits, des personnalités ou de la vérité. Le recours à un homme de l'art par le juge est devenu une nécessité judiciaire en raison de l'évolution des sciences et des techniques afin d'obtenir un avis qualifié sur des éléments de fait du procès. Son expérience professionnelle, ses connaissances théoriques associées à une méthode d'analyse rationnelle confèrent au rapport d'expertise un haut degré de scientificité sur lequel se fonde une forte légitimité. Pour le public, le jury, les avocats et les magistrats, aujourd'hui, la prise en compte de l'expertise dans le procès remplace la *probatio probatissima* d'hier, les aveux. Or, les experts sont les premiers à le revendiquer : l'expertise, ce n'est pas la vérité, mais une interprétation de celle-ci. Dans des matières aussi incertaines que la psychiatrie, la vérité médico-psychiatrique n'existe pas, tant les praticiens sont partagés sur le fonctionnement psychique de l'être

---

<sup>233</sup> MERLE, Roger., VITU, André. *Traité de droit criminel. Procédure pénale*. Cujas, 3<sup>e</sup> Éd. 1979, n°165 ; GUINCHARD, Serge., BUISSON, Jacques. op. cit. n°387, p.412 ; DANET, Jean. op. cit. pp.180-182 ; MARGUENAUD, Jean-Pierre. ibid. idem ; RENUCCI, Jean-François. ibid. idem ; ARMAND-PREVOST, Michel., CASTON, Albert., et al. ibid. idem ; SUDRE, Frédéric. ibid. idem ; FLAUSS, Jean-François. ibid. idem ; PONCELA, Pierrette. ibid. idem ; BILLAUD, Alain. *Le rapport d'expertise doit devenir contradictoire*. Libre propos. Gaz. Pal. 1998, p.1445. « Plus de 15 ans de pratiques d'instruction, m'ont amené à considérer qu'il y a une grande perte de temps à retarder le moment où l'on rend l'expertise contradictoire ».

<sup>234</sup> « Si l'expertise est partie intégrante de l'instruction et devrait donc être contradictoire, ses règles devraient pour cela être sérieusement modifiées. Elle est en vérité mise entre parenthèses, comme si elle était hors instruction, dans une zone spéciale, qu'il serait excessif de dire de non droit, mais que l'on peut sans hésiter qualifier de zone de "peu de droits" ». ARMAND-PREVOST, Michel., CASTON, Albert., et al. op. cit. p.2370.

humain, nonobstant les carences dans la mise en œuvre de l'expertise<sup>235</sup>. La vérité seule, unique et absolue n'existe pas contrairement à ce que pourraient laisser croire les rapports d'experts<sup>236</sup>. Certains domaines d'application tels que la toxicologie ou la biologie sont naturellement prédisposés à tendre vers une vérité absolue<sup>237</sup>, mais ils connaissent également des controverses<sup>238</sup> dès lors qu'une forme de contradiction s'instaure. Aussi faut-il se résigner à penser qu'un expert, quel qu'il soit, appréhende seulement une partie de vérité et non la vérité.

Par ailleurs, l'expertise judiciaire et la communauté des experts se caractérisent par une extrême diversité<sup>239</sup> par leurs domaines d'application, les modalités d'exercice, les nomenclatures scientifiques et les écoles de pensées qui sont entièrement ignorés des juges, des parties, du jury et du public, en raison de la non contradiction. Si en matière médicale, l'autopsie d'un corps par un médecin légiste répond à une nomenclature scientifiquement établie et laisse une part résiduelle à l'interprétation des résultats, il en va tout autrement dans des domaines aussi abstraits et immatériels que la psychologie ou l'état psychiatrique d'une personne<sup>240</sup>. L'expert tente d'analyser la nature humaine dans toute sa relativité et son interprétation est prépondérante dans les conclusions de l'expertise. Selon l'école à laquelle il appartient<sup>241</sup>, elles varieront sensiblement.

L'existence de ce décalage entre une perception de vérité absolue représentée par l'expertise et la réalité d'une vérité plus nuancée et relative conduit parfois le juge à commettre une

---

<sup>235</sup> « Les psychiatres vont jusqu'à affirmer que les conditions dans lesquelles ils doivent pratiquer une expertise sont aujourd'hui insatisfaisantes pour au moins trois raisons : l'arbitraire dans la désignation de l'expert, l'arbitraire dans le choix du moment de mise en œuvre de l'expertise et l'absence de débat contradictoire ». **OLIE**, Jean-Pierre., **DE CARVALHO**, William., **SPADONE**, Christian. *Expertise mentale dans le déroulement du processus pénal : le point de vue du psychiatre-expert*. in L'expertise. (dir.) **FRISON-ROCHE** Marie-Anne Dalloz, p.19.

<sup>236</sup> « Les expertises ne peuvent jamais prétendre livrer seules toute la vérité et la défense doit en permanence aujourd'hui mettre en garde les juges contre le "mythe de la preuve absolue" ». **DANET**, Jean. op. cit. p.182.

<sup>237</sup> Le degré de certitude des résultats d'une expertise varie considérablement selon le domaine d'application. Il n'est pas possible d'accorder le même degré de certitude pour une analyse ADN basé sur de la matière et les conclusions d'un psychologue sur la dangerosité d'un auteur ou la crédibilité d'une victime fondé sur un entretien.

<sup>238</sup> Le mythe de la preuve absolue se conjugue aujourd'hui avec les analyses ADN, or cette dernière est loin d'être parfaite. Lorsque deux profils ADN se révèlent identiques, en fait les scientifiques expriment une probabilité et non une certitude comme avec les empreintes digitales. Par ailleurs cette analyse extrêmement sensible et performante a également une grande faiblesse : c'est la facilité de la contamination par un ADN étranger. V. **DOUTREMEPUICH**, Christian. *Les empreintes génétiques en pratique judiciaire*. La Documentation française, 1998 ; *ADN mitochondrial*. La Documentation française, 2003.

<sup>239</sup> **DUMOULIN**, Laurence. *La mosaïque de l'expertise judiciaire : entre public et privé, monopole et concurrence*. Cahier de la sécurité intérieure, n°34, 1998, p.233.

<sup>240</sup> Le rapport d'expertise psychiatrique d'une personne se construit à partir d'un entretien qui dure en moyenne deux heures. Il faut y ajouter une heure pour la consultation du dossier, et une autre pour la rédaction du rapport. L'entretien obéit à des standards d'interrogatoire très structurant au cours duquel l'expert aborde la sémiologie des troubles, le passage à l'acte et les troubles de la personnalité. Pour ce faire, il se réfère à la Classification statistique internationale des maladies et des problèmes de santé connexes. V. notamment le chapitre 5 sur les troubles mentaux et du comportement. Le rapport obéit également à des standards de forme dans la rédaction qui contribuent à renforcer l'idée d'objectivation, de scientificité. Seulement la nature humaine connaît des limites à l'objectivation que la matière semble ignorer.

Disponible sur : <http://www.icd10.ch/index.asp?lang=FR&consulter=oui> [consulté le 08/07/2007]

<sup>241</sup> L'exemple le plus caractéristique se trouve très certainement en psychanalyse entre les lacaniens et les freudiens, mais il n'est pas exclusif à cette matière. Sur l'ensemble du champ de l'expertise judiciaire, il existe divers courants de pensée, de méthodes d'analyse d'un fait ou d'appréhension d'un phénomène. Nous en voulons pour preuve l'extrême diversité qui règne au sein même de la communauté des experts, elle en est tout simplement le reflet.

erreur d'appréciation puisqu'il n'a qu'une interprétation partisane des faits et non une vision plurale que seule la contradiction peut lui offrir. Mais alors pourquoi les droits de la défense seraient-ils plus en danger que ceux de l'accusation ou de la partie civile ? On pourrait nous objecter que ce défaut de pluralisme constitue un risque pour toutes les parties. En réalité, seuls les droits de la défense sont véritablement concernés en raison des dérives intrinsèques à la relation des experts avec les magistrats qui tend à orienter les conclusions.

À l'origine, il existe une dépendance procédurale<sup>242</sup> de l'expert au regard du juge à laquelle s'est ajoutée progressivement une dépendance économique. À l'instar d'autres professions libérales, l'activité d'expert judiciaire tend à se professionnaliser<sup>243</sup> au détriment de son indépendance et de son impartialité<sup>244</sup>. Il s'instaure alors une relation de type quasi-salarial entre les magistrats – considérés plus ou moins comme leurs employeurs – et les experts, notamment chez ceux qui privilégient une pratique exclusive de l'expertise judiciaire de toute autre clientèle civile ou travaux de recherche universitaire en parallèle<sup>245</sup>. La dérive constatée – et fortement critiquée par la Chancellerie – conduit au risque d'un clientélisme. Leur relation se synthétise parfaitement sous la forme d'un système clôt autosuffisant. Du côté de l'expert, il s'agit d'obtenir et surtout de préserver *ad vitam aeternam* ce lien – économique – privilégié avec les magistrats. Dans ce but, l'homme de l'art n'aurait-il pas perdu de son objectivité, et *a minima* inconsciemment altéré quelque peu ses conclusions en inscrivant dans son rapport ce que le juge souhaite y trouver pour fonder sa décision. Et du côté du magistrat, son exclusivité dans le choix de l'expert renforce l'idée d'une orientation présumée des conclusions de l'expertise. En effet, « *il appartient, selon son a priori ou son opinion, de désigner l'expert parmi les tenants d'une responsabilisation systématique ou ceux d'une déresponsabilisation toujours possible* »<sup>246</sup>. En revanche, et contrairement au principe jurisprudentiel qui prescrit que « *le juge n'est jamais lié par les conclusions de l'expert qu'il apprécie librement* »<sup>247</sup>, en fait, « *il ne peut qu'y adhérer, d'autant qu'il en est à l'origine et comme il s'est trouvé dans la nécessité absolue de recourir aux connaissances d'un homme de l'art et du métier, sa part de liberté se trouve très fortement réduite* »<sup>248</sup>.

<sup>242</sup> **FRISON-ROCHE**, Marie-Anne., **MAZEAUD**, Denis. *L'expertise*. Dalloz, 1995, p.101.

<sup>243</sup> Pour des raisons essentiellement économiques, les experts se regroupent en cabinet et développent alors des stratégies collectives de regroupement, de promotion et de défense de l'identité des experts judiciaires. **DUMOULIN**, Laurence. *La compagnie des experts près la Cour d'appel de Grenoble, instance de régulation des rapports magistrats-experts*. Mémoire de DEA, 1995, IEP Grenoble.

<sup>244</sup> La critique sur la partialité des experts est un très vieux débat qui animait déjà la société civile en 1870. Dans son ouvrage de médecine légale, Lacassagne se défendait expressément d'être pour l'accusation ou la défense. Malgré les dénis réitérés de la communauté des experts, ils restaient affublés de périphrases telles que « *ministère public temporaire* », « *magistrature momentanée exerçant un mandat public temporaire* » ou encore « *expert de l'accusation* ». V. **CHAUVAUD**, Frédéric., **DUMOULIN**, Laurence. *Experts et expertises judiciaires*. Presses Universitaires de Rennes, 2003, pp.243-244.

<sup>245</sup> « *Le maintien de l'activité professionnelle initiale permet le désintéressement et l'indépendance financière de l'expert lors de sa pratique de l'expertise* ». Or dans les faits, on observe l'existence d'une pratique à titre principale et à temps plein de l'expertise. **DUMOULIN**, Laurence. *La mosaïque de l'expertise judiciaire : entre public et privé, monopole et concurrence*. Cahier de la sécurité intérieure, n°34, 1998, p.244.

<sup>246</sup> **OLIE**, Jean-Pierre., **DE CARVALHO**, William., **SPADONE**, Christian. op. cit. p.22.

<sup>247</sup> Cass. crim. 18 mars 1905, Bull. crim. n°181.

<sup>248</sup> **CHAUVAUD**, Frédéric., **DUMOULIN**, Laurence. op. cit. p.244. V. **LACOMBLEZ**, Jean. *Traité théorique et pratique de l'expertise en matière pénale*. 1912, p.54. La fausse liberté du juge à l'égard des conclusions de l'expert n'est pas une nouveauté. Si le juge est libre de ne pas en tenir compte, il faut bien constater que les « *avis formulés par les experts lient dans une très large mesure les juges d'instruction* ».

Par ailleurs, cette relation s'associe naturellement avec une ancienne dérive qui tend à transférer sur l'expert la responsabilité du juge à trancher le litige<sup>249</sup>. Pourtant, l'article 158 du Code de procédure pénale délimite parfaitement et précisément la mission de l'expert aux seuls examens de questions d'ordre technique. Cependant, en pratique la jurisprudence élargie son champ d'action au domaine juridictionnelle puisqu'elle autorise expressément l'expert psychiatre « à envisager la culpabilité de l'accusé et d'apprécier son accessibilité à une sanction pénale<sup>250</sup> ». Ou se situe la frontière entre la technique et le juridique lorsqu'il lui est demandé de se prononcer sur la crédibilité d'une victime<sup>251</sup> ou la dangerosité d'un auteur ? Cette place laissée à l'expert, concernant le "pronostic" de la sanction adéquat est très lourde de conséquences pour la défense, notamment devant une Cour d'Assises composée d'un jury populaire. Un président de Cour d'Assises convient même de l'existence d'une relation entre l'utilisation du terme "pervers" par l'expert, et la sévérité des peines prononcées en matière d'infractions sexuelles<sup>252</sup>.

Enfin, la non contradiction dans l'expertise mentale conduit à une inégalité entre les prévenus eux-mêmes. L'univers carcéral constitue par nature ni un environnement neutre ni un milieu propice à une expertise psychiatrique. Incontestablement, la prison influe sur l'entrevue entre expert et patient. Elle demeure « un obstacle à la possibilité pour le psychiatre d'apprécier de façon fiable la personnalité du sujet<sup>253</sup> ». Les conditions de mise en œuvre de l'expertise sont objectivement distinctes entre un détenu et un patient libre. De plus, les personnes détenues au cours d'une instruction n'ont pas la liberté de réaliser une expertise en dehors du cadre juridictionnel contrairement à celles restées en liberté. Même s'il faut relativiser la portée de ce contradictoire forcé sur l'issue du procès – principalement parce que l'expertise rémunérée par la défense est considérée par nature partisane, aussi parce que l'expert n'a pas accès au dossier –, elle génère une défense à deux vitesses avec le critère financier comme mode de sélection.

En définitive, le défaut de contradiction *ab initio* dans l'expertise pénale conduit à une rupture de l'égalité des armes, sauf à ce que le magistrat instructeur accède à la demande de contre-expertise de la défense. Dans l'hypothèse d'un refus, la carence de contradictoire ne favorise pas la recherche de la vérité et porte particulièrement atteinte aux droits de la défense en

---

<sup>249</sup> À l'image du débat sur l'impartialité, les critiques concernant le transfert de responsabilité à trancher le litige du juge vers l'expert, est un très vieux débat. Au début du siècle, Jean Tchernoff et Jean Schonfeld considéraient « qu'il était devenu de plus en plus un véritable juge, juge de fait ; il s'associait non seulement à la justice proprement dite, mais à la justice prétorienne ». Et Jean Lacomblez ajoutait que dans un domaine qui reste pour le juge une véritable *terra incognita*, les « conclusions des experts en matière comptable et financière sont incorporées purement et simplement dans les attendus du jugement ». CHAUVAUD, Frédéric., DUMOULIN, Laurence. op. cit. p.248 ; ROQUES, Aurélie., BOURRIER, Christophe. *Le rôle de l'expert psychiatre dans la décision du juge pénal*. Rev. pénit. 2004, n°3, p.613 ; DE BONIS, Monique. *Psychologie et évaluation de la responsabilité dans l'expertise psychiatrique*. Déviance et société, 1985, Vol.9, pp.201-214.

<sup>250</sup> Cass. crim. 09 avril 1991, Bull. crim. n°169 ; Cass. crim. 29 octobre 2003, Bull. crim. n°205.

<sup>251</sup> L'affaire d'Outreau est un parfait exemple des risques de dérive à venir. La question de la crédibilité de la victime devient un enjeu considérable du procès lorsque les preuves matérielles, objectives, policières sont inexistantes ou quasi inexistantes. Nonobstant les fortes pressions exercées sur le mis en cause durant la garde à vue, tout le procès et la culpabilité de la personne repose sur les dires et la crédibilité de la victime. Cette hypothèse n'est plus un simple cas d'école avec l'allongement des délais de prescription, notamment en matière sexuelle qui représente aujourd'hui un arrêt sur deux en Cour d'Assises. (Cf. art. 7 al.3 du C. pr. pén. qui étend la prescription de l'action publique jusqu'à 20 ans après la majorité de la victime). Et il appartient à l'expert de se prononcer sur cette crédibilité. Il se pose alors la question de savoir si l'on peut condamner une personne sur les seuls dires d'une personne.

<sup>252</sup> ARRIGHI, Claude. *Justice et sexualité : le pervers*. Troisième colloque de la société française de psychologie légale, St Maurice, 10 juin 1995. Rev. sc. crim. 1996, p.207.

<sup>253</sup> ROQUES, Aurélie., BOURRIER, Christophe. op. cit. pp.613-614 ; PONCELA, Pierrette. op. cit. p.102.

raison des risques de connivences – au moins apparentes, au plus avérées – entre les magistrats et les experts.

Les experts n'ont pas le monopole des relations privilégiées avec les juges du siège. Il existe également une proximité avec les magistrats du parquet qui place la défense « *dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire* ».

## 2) Une rupture d'égalité des armes dans les relations inter-magistrats

**325.** L'atteinte au principe de l'égalité des armes dans la phase d'information repose principalement sur le phénomène de spécialisation des juridictions au sein de l'organisation judiciaire et plus précisément sur les risques d'une confusion des fonctions. Les nombreux points de jonction qui réunissent les juges d'instruction et les magistrats du parquet sont autant de liens inexistantes qui séparent les premiers des représentants de la défense. La relative proximité des premiers accentue les différences des seconds. Un magistrat du siège n'a pas les mêmes fonctions que son confrère du parquet, que l'avocat de la défense ou de la partie civile. Ils partagent uniquement ensemble un cursus universitaire. Ensuite, les magistrats du siège et du parquet suivent une formation commune<sup>254</sup> au sein d'une seule école, distincte des enseignements dispensés aux avocats par de multiples centres. Comme dans toutes les corporations, il existe chez les juges et les avocats un esprit de corps, qui transcende l'ensemble de la magistrature et de l'avocature, mais qui sépare de nouveau les premiers des seconds<sup>255</sup>.

Le rapprochement entre le magistrat instructeur et l'accusation est avant tout structurel et spatial. Ils travaillent tous les jours dans des lieux communs, pas dans le sens de l'audience où la défense est présente au même titre que l'accusation, mais d'abord et surtout en dehors de l'instance. Ils sont collègues de travail "*intra juridictio*" tandis que l'avocat est auxiliaire de justice "*extra juridictio*". Son cabinet est à l'extérieur du Palais de Justice. Cette proximité spatiale favorise incontestablement des rapprochements, certes naturels, mais informels et continus<sup>256</sup>. Ils se matérialisent par des discussions ponctuelles sur des dossiers, une célérité dans la transmission de l'information du fait de sa mise à disposition par un réseau

---

<sup>254</sup> La Conférence nationale des premiers présidents de Cour d'appel s'est déclarée favorable à une séparation des fonctions du siège et du parquet au motif qu'« *un même corps réunit les juges et les procureurs, ce qui entretient leur soupçon d'inféodation des juges au pouvoir exécutif, ainsi qu'un certain déséquilibre dans le procès du fait de la proximité du juge et du représentant de l'accusation* ». in Rapport du Sénat n°345 par C. Cointat, annexe au procès-verbal de la séance du 03 juillet 2002 sur quels métiers pour quelle justice ?

Disponible sur : <http://senat.fr/rap/r01-345/r01-345.html> [consulté le 08/07/2007]

<sup>255</sup> « *En France, nous n'avons pas de communauté [de juristes], mais des corps. Or, les corps ont tendance à vouloir l'unité, ce que l'on voit avec le corps de la magistrature qui véhicule une forte idéologie de communautarisme entre parquetier et juges du siège. " La justice doit être rendue par les juges du siège et les magistrats du parquet " est une phrase qui fait partie du corpus théorique de la magistrature française* ». SOULEZ-LARIVIERE, Daniel. *La communauté des juristes, son intérêt pour la défense et la justice*. in Justices, n° hors série du Recueil Dalloz, 06 décembre 2001, p.113.

<sup>256</sup> Rapport de l'Assemblée nationale n°3125 par P. Houillon du 06 juin 2006 au nom de la Commission d'enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite d'Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement, t. 1, pp.137-141 ;

« *Dans la pratique quotidienne du procès pénal, il en résulte une confusion active et visible entre parquet et siège, qui brouille l'idée d'une justice impartiale et place la défense en position de déséquilibre* ». in Audition du 05 avril 2006 du Premier président, Guy Canivet, ibid. idem. p.448.

Disponible sur : <http://www.assemblee-nationale.fr/12/rap-enq/r3125.asp> [consulté le 08/07/2007]

informatique commun, une facilité dans la consultation des pièces, qui engendre une normalisation dans la prise de décision et dans son contrôle.

À noter que sur ce mouvement de rapprochement contingenté aux seules "conversations de Palais", la chambre criminelle semble effectuer une distinction en fonction du moment où elles ont lieu<sup>257</sup>. Elle ne suit pas la position européenne qui dans un souci de crédibilité de la justice considère qu'une simple apparence est de nature à entretenir la méfiance du justiciable, comme le rappellent régulièrement les juges européens à travers la formule : « *justice must not only be done, but must also be seem to be done* ». Pour l'auteur, si l'existence d'un contact entre l'accusation et le juge du siège « *n'est pas acceptable à l'intérieur du contentieux sur la détention, elle est supportable à l'extérieur de ce contentieux* »<sup>258</sup>.

Nous partageons son analyse sur le principe du contradictoire mais au regard de l'égalité des armes si une simple conversation ne suffit pas à caractériser une rupture du principe, l'adjonction des nombreuses prérogatives au profit de l'accusation, dérivées de la proximité avec le juge d'instruction, nous conduit à constater cette rupture. Outre les éléments déjà mentionnés, une pièce matérielle de la procédure concrétise parfaitement cet état de fait : l'ordonnance de renvoi devant la juridiction compétente. « *Elle est trop souvent seulement motivée par un renvoi au réquisitoire définitif* »<sup>259</sup>, qui inclut de larges extraits des procès-verbaux de synthèse des enquêteurs et/ou des interrogatoires. Cette manière de motiver les ordonnances de renvoi a été validée à de nombreuses reprises par la chambre criminelle<sup>260</sup>. En conséquence, « *c'est l'une des parties au procès qui clôt l'instruction* »<sup>261</sup>.

Cette pratique du renvoi pose une difficulté substantielle à la défense lorsque le réquisitoire définitif censé contenir les motifs de droit et de fait, fondement du renvoi devant la juridiction compétente, sont insuffisants, voire défailants. Quelle est la saisine du tribunal correctionnel et que reproche-t-on au prévenu d'une infraction dont le réquisitoire reste général sur les éléments constitutifs du délit et flou sur les éléments de lieux et de temps de l'infraction ? Pourtant, l'article 6§3 de la Convention européenne des droits de l'homme n'exige-t-il pas que l'accusé soit informé « *d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui* » ? La Cour de cassation a de nouveau validé cette pratique à plusieurs

---

<sup>257</sup> Cass. crim. 19 février 1990. **MAYER**, Danièle. *Preuve du non-respect du principe du contradictoire lors de l'interrogatoire de première comparution*. D. 1991, jurisp. p.91 ; Rev. sc. crim. 1991, p.117, note Braunschweig. Dans cet arrêt, l'entretien avait eu lieu entre le juge d'instruction et un magistrat du parquet à l'issue du débat contradictoire mais avant son délibéré. La cour retient la violation du principe. contra Cass. crim. 09 juillet 2003. **MAYER**, Danièle. *Les conversations entre magistrats sont-elles susceptibles de mettre en péril le principe du contradictoire ?* D. 2003, Jurisp. p.22. En l'espèce, il s'agissait d'un entretien entre le parquetier et le juge des libertés et de la détention juste avant l'audience portant sur une prolongation de détention provisoire. Elle considère qu'il n'y a pas eu d'atteinte au contradictoire. La conversation ayant lieu juste avant l'audience, la défense disposait d'une entière liberté d'argumenter et de convaincre lors du débat contradictoire, sauf que le contradictoire induit en amont la connaissance des arguments de la partie adverse. Or, devant l'impossibilité de connaître le contenu des paroles échangées, la question qui se posait était de savoir si l'on voulait protéger la partie contre un simple risque en prenant en considération l'apparence ? La comparaison entre ces arrêts nous informe que la Cour de cassation n'entend pas donner la même interprétation à l'entretien selon le moment où il intervient.

<sup>258</sup> Ibid. idem. p.22.

<sup>259</sup> Cette remarque a d'autant plus de poids qu'elle provient d'un juge d'instruction. **GUERY**, Christian. *La loi du 05 mars 2007 et l'instruction préparatoire*. AJ pénal 2007, p.109.

<sup>260</sup> Cass. crim. 04 février 1960, Bull. crim. n°66 ; Cass. crim. 26 janvier 2000, Bull. crim. n°41 ; Cass. crim. 13 octobre 2004, Bull. crim. n°243.

<sup>261</sup> « *J'ai vu de très nombreux jugements de Tribunaux correctionnels ou de Cour d'appel qui sont la copie, la photocopie du réquisitoire définitif !* ». **GREISALMER**, Laurent., **SCHNEIDERMAN**, Daniel. *Les juges parlent*. Éd. Fayard, 1992, p.171.



occasions, mais les arrêts n'ont pas été publiés<sup>262</sup>. On peut regretter que la Cour européenne n'ait pas eu l'occasion de trancher la question. Au visa de l'arrêt *Baucher* sur la motivation des jugements correctionnels<sup>263</sup>, il est quasiment certain qu'elle condamnerait l'Etat français. Conscient de l'irrégularité de ces pratiques, le législateur vient d'intervenir en la matière suite au rapport de la Commission d'Outreau. Avant la loi du 05 mars 2007, la défense n'avait pas la possibilité de laisser des conclusions comme le respect du parallélisme des formes l'exigerait<sup>264</sup>. Depuis, le 1<sup>er</sup> juillet 2007, le nouvel article 175 précise que « *les parties disposent de ce même délai d'un mois ou de trois mois à compter de l'envoi de l'avis prévu au premier alinéa pour adresser des observations écrites au juge d'instruction, selon les modalités prévues par l'avant-dernier alinéa de l'article 81* ». La possibilité laissée à la défense de faire une véritable démonstration à décharge à l'image d'un réquisitoire pour l'accusation, rétablit un certain équilibre entre les parties. Néanmoins, l'avocat ne bénéficie pas de tous ces petits avantages que seule une proximité structurelle et fonctionnelle peut procurer.

**326.** Ce phénomène de rapprochement plus ou moins prégnant selon les tribunaux et les magistrats qui les composent, s'accroît sensiblement avec la spécialisation des juridictions. Les exemples topiques sont fournis par la 14<sup>e</sup> section du TGI de Paris qui possède une compétence nationale en matière d'anti-terrorisme<sup>265</sup> et les sept pôles financiers disposant également d'une compétence élargie en ce qui concerne les procédures économiques particulièrement complexes<sup>266</sup>. Ils réunissent au sein de structures spécialisées, des juges d'instruction et des magistrats du parquet également spécialisés en un même lieu et avec des moyens humains et matériels importants, et en partie commun<sup>267</sup>, afin de lutter plus efficacement contre un type de délinquance précis. La loi du 9 mars 2004 pérennise cette spécialisation en créant huit nouvelles juridictions interrégionales spécialisées (JIRS) ayant une compétence territoriale étendue en matière de criminalité organisée<sup>268</sup> et d'affaires économiques et financières complexes<sup>269</sup>. Si une telle synergie des compétences et des autorités conduit à des résultats sur le terrain judiciaire, nonobstant l'indifférence manifeste à l'égard du principe constitutionnel de séparation des autorités de poursuite<sup>270</sup> et d'instruction,

<sup>262</sup> Notamment Cass. crim. 12 décembre 2006 Aff. Ergun et Koc, n°7644. non publié. Dans le pourvoi en cassation, la défense a soulevé un moyen fondé sur l'article 6§3 de la Convention européenne des droits de l'homme. La chambre criminelle n'y a pas répondu.

<sup>263</sup> CEDH du 24 juillet 2007, Aff. *Braucher* c/France, req. n°53640/00.

<sup>264</sup> **CLEMENT MAZETIER**, Sophie., **PORTELLI**, Serge. *La réforme de l'instruction : des réalités aux libertés*. Gaz. Pal. du 18 juillet 1998, p.905.

<sup>265</sup> Art. 706-16 à 706-22 du C. pr. pén. Cf. Loi n° 86-1020 du 09 septembre 1986.

<sup>266</sup> Art. 704 à 706-1-1 du C. pr. pén. Cf. Loi n° 75-701 du 6 août 1975, Loi n° 94-89 du 1<sup>er</sup> février 1994. **DUFOUR**, Olivia. *Pôle financier de Paris : aux grands maux les grands remèdes ?* PA du 20 mai 1999, p.4.

<sup>267</sup> Les pôles économiques et financiers qui regroupent le parquet et l'instruction sont dotés d'assistants spécialisés communs. Loi n° 98-546 du 02 juillet 1998 (art. 706 du C. pr. pén.), Décret n°99-95 du 05 février 1999, Circ. du 19 février 1999, BOMJ n°73. Ils disposent également en commun du logiciel d'instruction assistée par ordinateur (IAO). Cf. Circ. du 02 septembre 2004, BOMJ n°95 ; **ORLOWSKA**, Marie., **BONNET**, Éric. *Premier Bilan de l'activité des pôles économiques et financiers*. PA du 26 juillet 2001, pp.4-6.

<sup>268</sup> Art. 706-73 à 706-106 du C. pr. pén. Décret n°2004-984 du 16 septembre 2004 Cf. Circ. du 02 septembre 2004, BOMJ n°95 CRIM 2004-13 G1/02-09-2004, relative à la criminalité organisée.

<sup>269</sup> Circ. du 02 septembre 2004, BOMJ n°95 CRIM 2004-11 G3/02-09-2004, relative aux dispositions économiques et financières.

<sup>270</sup> Cons. const. 02 février 1995, n°95-360 DC. Rec p.195 ; RJC, I, p.632 ; D. 1995, p.171, note J. Pradel ; RFD const. 1995, 405, note T. Renoux.

quid de la rupture dans l'égalité des armes et des moyens<sup>271</sup> engendrée par la confusion des fonctions ?

La défense ne connaît pas les mêmes relations fonctionnelles et personnelles que l'accusation avec le juge d'instruction, « *non point pour des raisons anecdotiques ou conjoncturelles mais simplement parce que structurellement, le système met l'avocat psychologiquement et fonctionnellement dehors* »<sup>272</sup>.

Par ailleurs, cette rupture de l'égalité des armes dans les procédures complexes connaît une aggravation qui tient d'une part à la taille du dossier et à ses modalités pratiques de consultation, et d'autre part au temps imparti à la défense pour en prendre connaissance. Dans ces dossiers sont réalisées des investigations de plusieurs mois sur de nombreuses personnes de différentes nationalités, faisant appel à des services spécialisés de la police, de la gendarmerie ou des douanes, sur commissions rogatoires d'une juridiction elle-même spécialisée. Ils se caractérisent par des procédures de plusieurs milliers de cotes et une information qui se clôt relativement rapidement après les mises en examen des personnes puisque toutes les investigations ont été exécutées en amont des interpellations. Bien souvent la défense se conjugue au pluriel. Et il appartient à chacune d'elles de retrouver la partie du dossier qui concerne son client parmi des dizaines de tomes et des milliers de cotes d'information. La rupture de l'égalité des armes est flagrante entre une accusation qui possède un logiciel d'instruction assistée par ordinateur spécialement conçu pour traiter efficacement des dossiers volumineux au moyen d'un index, et des défenses restées à la consultation papier des dossiers, volontairement laissées de côté des évolutions technologiques<sup>273</sup>.

Au surplus, dans ces dossiers complexes où les mis en cause sont arrêtés en toute fin d'information, la défense n'a pas toujours le temps suffisant pour consulter les pièces du dossier et préparer une défense. Cet état de fait est difficilement compatible avec la jurisprudence européenne et nationale<sup>274</sup> qui prescrivent que tout accusé a le droit « *de disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense* ». Les nombreuses contestations partisans et doctrinales n'y ont rien changé<sup>275</sup>.

Certains magistrats spécialisés se sont d'ailleurs justifiés en invoquant les moyens disproportionnés de certains mis en cause très puissants<sup>276</sup>. Cet argument est certes incontestable, mais pas imparable. Tout d'abord, il a été précédemment démontré que

---

<sup>271</sup> GUINCHARD, Serge., BUISSON, Jacques. op. cit. n°268, p.265.

<sup>272</sup> SOULEZ-LARIVIERE, Daniel. op. cit. p.118.

<sup>273</sup> Trop rares sont les exceptions où comme au pôle financier de Paris, les avocats disposent d'un vaste local réservé à leur usage exclusif, et de trois salles de consultation où ils peuvent s'installer pour examiner les dossiers dans lesquels ils interviennent ainsi qu'un ordinateur doté du logiciel "d'Instruction assisté par ordinateur" pour les procédures qui font l'objet d'un traitement automatisé. NOCQUET, Claude. *Méthodologie de l'approche et du traitement de la délinquance économique et financière. L'instruction au pôle financier*. in La justice pénale face à la délinquance économique et financière. Dalloz, 2001, p.56.

<sup>274</sup> Art. 6 § 3 b) de la Convention européenne des droits de l'homme, CEDH du 30 mars 1989, Aff. *Lamy c/Belgique*, Série A, n°151, Gaz. Pal. 1989, 2, chron. p.364, note L. Pettiti ; CA Toulouse du 27 juin 1994, Gaz. Pal. 1994, 2, Jursp. p.552, note H. Leclerc ; Cass. crim. 12 juin 1996, Bull. crim. n°248 ; Cass. crim. 02 octobre 1996, Bull. crim. n°343 ; JCP 1997, I, 3998, n°12, obs. A. Maron ; Rev. sc. crim. 1996, p.878, obs. J-P. Dintilhac ; D. 1997, somm. comm. 149, obs. J. Pradel.

<sup>275</sup> Cf. Bulletin du Bâtonnier, 23 mars 1999, Maître J-P Lévy ; Bulletin du Bâtonnier, 20 avril 1999, réponse du procureur de la République de Paris, J-P Dintilhac ; SOULEZ-LARIVIERE, Daniel. op. cit. p.113 ; GUINCHARD, Serge., BUISSON, Jacques. ibid. idem. BENSOUSSAN, Alain. " *Égalité des armes* " ou le partage de la gestion électronique des dossier d'instruction. Gaz. Pal. du 21 janvier 1999, p.125 ; Hors série de la Lettre bimensuelle de la Fédération internationale de la ligue des Droits de l'Homme, Rapport intitulé « *La France : La porte ouverte à l'arbitraire* ».

Disponible sur : <http://www.fidh.org/rapports/r271.htm> [consulté le 08/07/2007]

<sup>276</sup> CHARON, Jean-Marie., FURET, Claude. *Un secret si bien violé*. Éd. Le Seuil, 2000, p.124.

l'efficacité d'une défense n'est pas exclusivement liée à son coût<sup>277</sup>. Ensuite, s'il peut apparaître légitime pour un magistrat indépendant et impartial de privilégier l'accusation lorsque la défense déploie des moyens exorbitants du droit commun, pourquoi ne fait-il pas le contraire, dans les situations plus fréquentes où, à l'inverse, c'est l'accusation qui démontre une mise en œuvre de moyens dépassant largement ceux de la défense ? La correction des inégalités par le juge d'instruction s'exerce-t-elle à sens unique ? Enfin, derrière cet état de fait, il se pose implicitement la question de savoir pourquoi les magistrats craignent autant une défense à égalité d'armes avec l'accusation. Le fait de donner à la défense les mêmes moyens pour consulter le dossier d'une part, ainsi que le temps suffisant à la préparation d'une défense ne modifie en rien le contenu du dossier, ni son issu, sauf à considérer les éventuelles irrégularités soulevées par la défense, indignes d'intérêts à l'égard d'une décision juste et équitable.

Au terme de l'examen des droits de la défense pendant l'instruction à travers les principes du contradictoire et de l'égalité des armes, les atteintes aux principes ci-dessus constatées ne sont ni négligeables ni fondamentales. Elles restent des exceptions. Elles permettent de relativiser le mouvement général de progrès des droits de la défense. Elles apparaissent aujourd'hui comme des limites à l'accroissement des droits et des principes. Mais ne doivent-elles pas être davantage considérées comme l'objet de futures réformes à réaliser ?

En attendant, les avancées des droits constatées à l'instruction se poursuivent et connaissent leur apogée lors de l'audience.

## **Section 2 – Des principes appliqués et des droits affirmés**

**327.** La phase de jugement est définitivement l'instant dans la procédure où l'apogée dans l'application des principes correspond au degré de protection maximum des droits de la défense.

Une suite mathématique est très certainement la représentation rationnelle qui s'approche au plus près de l'évolution de notre complexe systémique. Pour être plus précis, la progression des principes et des droits au sein de notre procédure pénale s'apparente à une suite géométrique. À chaque phase, l'intensification des principes qui renforce la garantie des droits ne fait pas que se cumuler, elle connaît une croissance démultipliée. Au moment du jugement, ils approchent de leurs apogées respectifs. Toutefois, le niveau d'intensité n'atteint pas le même degré selon les principes. Dans la phase de préparation du procès (§1) comme dans la phase d'audience (§2) le principe du contradictoire tend à une application absolue tandis que le principe de l'égalité des armes connaît toujours un exercice relatif, même s'il faut reconnaître de nombreux progrès.

### **§ 1 – À la préparation du procès**

**328.** La préparation du procès constitue une phase déterminante de la chaîne pénale propre à la défense, exclusive de toute autre partie. Elle se positionne entre le traitement policier et l'audience. Elle est par conséquent directement issue et dépendante à la fois, des

---

<sup>277</sup> Cf. supra n°280. V. également SOULEZ-LARIVIERE, Daniel. op. cit. p.113.

recherches policières et des poursuites du ministère public diligentées à son encontre. Elle est le résultat d'une succession de phases où l'insuffisance des principes pour garantir les droits alterne avec le respect des premiers pour satisfaire l'exercice des seconds. La préparation du procès suit cette progression des principes et des droits et précède l'acmé des uns et des autres lors de l'audience<sup>278</sup>.

Mais entre la décision de poursuite devant le Tribunal correctionnel – ou de police – et l'ouverture des débats, il s'écoule un temps judiciaire variable en fonction du mode de comparution que la défense entend mettre à profit afin de se préparer en vue de l'audience. Aussi, la mise en état d'une défense pénale efficace est garantie par l'exercice indéfectible du contradictoire (A) et un réel principe de l'égalité des armes en progression (B).

### A – Un contradictoire indéfectible

**329.** Pour la première fois, la défense connaît un contradictoire indéfectible en ayant la possibilité de discuter du dossier avec le prévenu en pleine connaissance de cause. Le contradictoire est total en ce sens qu'il autorise le conseil, comme l'intéressé non assisté, d'avoir accès au dossier. Il se révèle également intense en ce qu'il confronte les dires du client aux preuves recensées par l'accusation.

L'avocat comme le mis en cause ont accès au dossier pénal dans son intégralité. Ils peuvent demander la délivrance d'une copie gratuite de la procédure. La connaissance du dossier marque une avancée substantielle des droits de la défense à travers le principe du contradictoire, mais c'est une avancée relativement récente.

Encore aujourd'hui, aucune disposition du Code de procédure pénale ne prescrit explicitement l'accès au dossier par l'avocat ou le prévenu non assisté dans le cadre des procédures de citation directe, de convocation, ou de renvoi devant les juridictions correctionnelles ou de police, à l'image de l'article 114 du même code en matière criminelle ou des articles 393 et 394 en matière de comparution immédiate. S'il est admis par la pratique judiciaire – par analogie avec la procédure criminelle – que les avocats des parties consultent sur place, ou se font délivrer copie du dossier, en revanche, la jurisprudence de la chambre criminelle témoigne d'une grande rigueur dans la solution adoptée à l'égard du prévenu qui souhaite se défendre seul. Bien que cette phase en amont de l'audience soit reconnue comme contradictoire, en raison de l'accès à la procédure par l'avocat et l'absence de secret lié à l'enquête ou à l'instruction, elle refusait d'en tirer toutes les conséquences. Elle ne s'est que très rarement exprimée sur le sujet – seulement trois arrêts en cinquante ans –, mais à chaque fois, la communication du dossier était expressément proscrite<sup>279</sup>. En outre, elle trahissait une atteinte manifeste au principe de l'égalité des armes<sup>280</sup>. Si un prévenu a le droit de se défendre seul, pourquoi l'obligerait-on à passer par l'intermédiaire d'un avocat pour avoir connaissance

---

<sup>278</sup> Cf. infra n°338 et s.

<sup>279</sup> Cass. crim. 06 novembre 1952, JCP 1953, II, chron. n°7357, note Chambon. Elle affirme qu'« aucun texte de loi n'oblige le ministère public après le règlement de l'affaire, à communiquer les pièces du dossier à l'inculpé lui-même lorsque ce dernier, comme en l'espèce, a expressément renoncé à l'assistance d'un conseil » ; Cass. crim. 09 février 1978, Bull. crim. n°52, D. 1979, chron. p.463, note Flauss-Diem. Elle ajoute que « l'article 6 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme n'exige pas que les pièces du dossier soient matériellement remise en communication à la personne poursuivie [...] et qu'en reconnaissant à tout prévenu le droit d'avoir connaissance de l'intégralité des pièces de la procédure par l'entremise d'un avocat [...] la loi lui garantit la possibilité d'assurer sa défense et satisfait dès lors aux exigences du texte précité ». Un arrêt du 11 avril 1992, inédit au bulletin, a repris cette motivation tirée de la jurisprudence européenne.

<sup>280</sup> Cf. infra n°346 et s.

du dossier, cette connaissance étant un préalable nécessaire à la préparation de sa défense ? Un tel choix induisait *de facto* une différence injustifiée sur les moyens de défense. Par conséquent, elle remettait substantiellement les droits de la défense en cause. Enfin, cette position n'est pas franchement contestée par la Cour européenne des droits de l'homme<sup>281</sup> jusqu'à l'arrêt de principe *Foucher* du 18 mars 1997<sup>282</sup> qui influa directement sur le revirement de la chambre criminelle en juin et octobre 1996<sup>283</sup>.

Au regard de sa jurisprudence sur le droit de se défendre seul<sup>284</sup> et sur le droit à un procès pénal contradictoire<sup>285</sup>, il était impossible à la Cour européenne de confirmer la jurisprudence de la Cour de cassation sans se désavouer. Non seulement, une telle position ne respectait pas les principes du contradictoire et de l'égalité des armes, mais elle réduisait considérablement la portée des droits de la défense sans aucune justification. En effet, comme le relevait un conseiller référendaire<sup>286</sup> à l'époque, si dans les affaires les plus graves, l'accusé peut disposer de toutes les copies de pièces à ses frais, pourquoi n'en serait-il pas de même devant les juridictions correctionnelles ou de police, les risques découlant de cette communication – telle les pressions sur les témoins – étant moins importants ? Finalement, la jurisprudence interne se rangea derrière la position européenne. Désormais, toutes deux considèrent « *que toute personne ayant la qualité de prévenu ou d'accusé est en droit d'obtenir, en vertu de l'article 6 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, non pas la communication directe des pièces de la procédure, mais la délivrance, à ses frais, le cas échéant par l'intermédiaire de son avocat, de la copie des pièces du dossier soumis à la juridiction devant laquelle elle est appelée à comparaître* ». Seul le principe du contradictoire permet à la défense de prendre connaissance des différentes charges et preuves afférentes aux faits délictueux.

**330.** La connaissance du dossier par l'avocat comme par le prévenu est essentielle à la préparation d'une défense. Elle constitue un point de départ, une base réelle et sérieuse aux développements de la défense. Aussi, le travail de l'avocat consiste-t-il dans un premier temps

---

<sup>281</sup> CEDH du 19 décembre 1989, Aff. *Kamasinski* c/Autriche, Série A, n°168, § 87 ; CEDH du 21 septembre 1993, Aff. *Kremzov* c/Autriche, Série A, n°268B, § 52. Il est important de noter que ces procédures concernaient uniquement la phase d'instruction pour laquelle la représentation par ministère d'avocat est obligatoire. Il n'est absolument pas certain que ces "attendus" soient transposables au prévenu non assisté comme le démontrera l'arrêt *Foucher*. En revanche, il est plus vraisemblable que la chambre criminelle recherchait une légitimité européenne afin d'appuyer et soutenir sa propre décision.

<sup>282</sup> CEDH du 18 mars 1997, Aff. *Foucher* c/France, req. n°22209/93, § 33-37 ; D. 1997, somm. comm. 360, obs. Renucci ; JCP 1998, I, 107, n°30, obs. Sudre ; Rev. sc. crim. 1997, p.891, obs. Pettiti et 1998, p.395, obs. Koering Joulin.

Disponible sur : <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr> [consulté le 08/07/2007]

<sup>283</sup> Ce revirement antérieur à l'arrêt *Foucher* s'explique parfaitement. La France sachant qu'elle allait être condamnée par la Cour européenne, suite à l'avis de condamnation émis par la commission, elle anticipa la décision. Cass. crim. 12 juin 1996, Bull. crim. n°248 ; Cass. crim. 02 octobre 1996, Bull. crim. n°343 ; JCP 1997, I, 3998, n°12, obs. A. Maron ; Rev. sc. crim. 1996, p.878, obs. J-P. Dintilhac ; D. 1997, Somm. comm. 149, obs. J. Pradel.

<sup>284</sup> CEDH du 22 juin 1993, Aff. *Melin* c/France, Série A, n°261, § 24 ; RUDH 1993, p.383, obs. F. Sudre ; CEDH du 25 mars 1998, Aff. *Belziuk* c/Pologne, req. n°23103/93, § 37. V. **GUINCHARD**, Serge., **BUISSON**, Jacques. *Procédure pénale*. Éd. Litec, 2005, p.370.

<sup>285</sup> CEDH du 28 août 1991, Aff. *Brandstetter* c/Autriche, Série A, n°211, §§66-67 ; CEDH du 12 mars 2003, Aff. *Öcalan* c/Turquie, req. n°46221/99, § 166 : « *Le droit à un procès pénal contradictoire implique, pour l'accusation comme pour la défense, la faculté de prendre connaissance des observations ou éléments de preuve produits par l'autre partie, ainsi que de les discuter. La législation nationale peut remplir cette exigence de diverses manières, mais la méthode adoptée par elle doit garantir que la défense jouisse d'une possibilité véritable de commenter les accusations* ».

<sup>286</sup> **FERRARI**, Isabelle. *L'accès au dossier avant jugement par le prévenu non assisté*. Dr. pénal 1997, chron. n°1, p.4.

à lire le dossier, examiner les preuves, analyser la procédure afin d'en discuter, dans un second temps, avec le prévenu.

Avant toute discussion, « *l'avocat écoute avec ses yeux et repère sur le corps les signes d'une histoire* »<sup>287</sup>. Des éléments aussi divers que la maîtrise de la langue, la richesse du vocabulaire, la tenue vestimentaire, les expressions du visage, certaines caractéristiques physiques, les attitudes, les réactions et le comportement pendant l'entretien, constituent autant d'indices susceptibles de renseigner utilement l'avocat sur son client, son statut social, économique, son histoire familiale... Pour appréhender une affaire dans son ensemble, la connaissance du dossier est sans nul doute primordiale – afin d'être informé des arguments de fait et de droit de l'accusation – mais insuffisante parce qu'il constitue un récit partisan d'une histoire vraisemblable reconstituée. De la même façon, l'avocat ne peut se contenter de la version partisane de son client. La contradiction de l'entretien va mettre autant à l'épreuve le récit oral que la version papier de l'affaire.

**331.** L'entretien entre le prévenu et son conseil n'est plus exclusivement contradictoire dans le sens consensuel et informatif du terme, comme il est convenu et légitime de s'y attendre entre deux partenaires, il met en exergue le caractère discursif du principe, à savoir le dialogue, l'échange, la confrontation d'arguments, à l'image du contradictoire à l'audience, lorsque l'accusation s'oppose à la défense. Ainsi, le débat judiciaire ne possède pas un monopole sur la nature argumentative du principe. Avant d'être unie et homogène par une discussion contradictoire, la défense peut avoir à connaître des dissensions internes. L'entretien préalable à l'audience contribue à aplanir ces différences tout en poursuivant le but d'une défense commune crédible.

Au début de la discussion, la nature consensuelle du principe prédomine les débats. En effet, il appartient à l'avocat d'informer, le cas échéant, son client sur le contenu du dossier. Cette communication est essentielle parce qu'elle permet d'élever très rapidement le débat sur les véritables enjeux de la procédure. Il n'est plus question en l'espèce, de l'informer sur ses droits. Pour l'avocat, il s'agit de confronter sa lecture personnelle du dossier avec la version des faits retenue par son client. Le contradictoire tourne alors au rapport de force ; il est l'occasion d'un échange d'arguments assez vif. « *Cette notion de tension si justement décrite par la sociologie des professions remet en cause le postulat d'une relation entre le praticien et le client qui se résumerait à la mise en présence de deux personnes aux rôles prédéfinis et connus de chacun. Elle affirme à l'inverse qu'une forte divergence de vue est à l'origine de la relation* »<sup>288</sup>. Selon le sociologue Philip Milburn, il existe un fossé entre les préoccupations émotionnelles d'urgence du client et d'autre part les solutions rationnelles et l'attitude détachée du praticien. Sur la base de nombreux entretiens, il démontre comment autour des faits, l'avocat et le prévenu engage ce qu'il nomme un "processus de négociation" dans un climat de réelle tension<sup>289</sup>.

L'entretien est par conséquent ponctué de questions, de demandes de précision et parfois d'objections lorsque l'intéressé nie jusqu'à la vraisemblance des faits, voir l'évidence des preuves. Le rôle du conseil est aussi de protéger son client de lui-même. Comme se plaisait à l'enseigner Maurice Garçon : « *notre pire ennemi, c'est le client* »<sup>290</sup>. L'avocat le confronte

---

<sup>287</sup> DANET, Jean. *Défendre. Pour une défense pénale critique*. Coll. Regards sur la justice, 2<sup>nd</sup> Éd. Dalloz 2004, p.112.

<sup>288</sup> DANET, Jean. Op cit. p.113.

<sup>289</sup> MILBURN, Philip. *La défense pénale. Une relation professionnelle*. Thèse de doctorat en Sociologie, Université de Paris VIII, 1991, p.126 et s.

<sup>290</sup> ROZES, Simone., LOMBARD, Paul. *Le juge et l'avocat. Dialogue sur la justice*. Éd. Robert Laffont, 1992, p.134.

alors à ses incohérences, il le place devant ses contradictions comme un juge ne manquerait pas de le faire en audience. « *La tension peut naître de ce que le client ne veut pas se rendre à l'évidence et la "négociation" porte alors sur la part du dossier, la part du réel que le client peut prendre en compte* »<sup>291</sup>.

D'autre part, les réponses, les affirmations et les réfutations de son client peuvent également servir de bases à l'exploration de nouvelles pistes susceptibles de remettre en cause la version judiciaire du dossier. D'une situation de confrontation, la défense évolue vers une position de travail concerté. Toujours en comparant les versions partisans antagonistes, elle peut relever certaines insuffisances ou incohérences du dossier de l'accusation qui posent question. Sans forcément remettre totalement en cause l'imputabilité de l'auteur, elles peuvent se révéler susceptibles d'atténuer sa responsabilité.

**332.** Pour l'avocat, toute la difficulté réside dans la maîtrise de la discussion et dans la recherche d'une défense crédible en droit, et vraisemblable sur les faits. Il doit absolument rester maître de l'entretien. Pour ce faire, il peut lire les résultats d'une expertise, expliquer certains termes techniques, synthétiser le contenu d'un rapport ou bien reprendre mot à mot un paragraphe important. Son expérience de la nature humaine, ses connaissances en psychologie, psychiatrie, et sociologie sont des atouts essentiels pour garder le contrôle de la discussion. De même, que sa pratique judiciaire<sup>292</sup> et sa connaissance des sciences juridiques et du système judiciaire apportent force et légitimité à ses dires. L'inégalité des armes patente entre le professionnel du droit et le délinquant profane doit servir le premier pour tenter de rallier le second à sa cause. En pratique, la négociation varie entre sa quasi inexistence dans le meilleur des cas lorsque le prévenu reconnaît les faits et le conflit ouvert, inextricable au sein même de la défense, lorsque l'intéressé maintient sa position de déni total malgré les preuves apportées. La stratégie ou la position de la défense à l'audience se construit ici, dans ce climat de tension entre l'interprétation du dossier faite par l'avocat et la version défendue par le prévenu. Pour Lucien Karpik et Philip Milburn, le travail du défenseur ne relève pas d'une simple compétence en droit mais bien d'une spécificité propre à la défense « *qui allie une compétence juridique avec une capacité à intervenir sur le client pour définir sa position devant la justice sous la forme d'une défense* »<sup>293</sup>.

En conséquence, en l'espèce, le principe du contradictoire ne se contente pas uniquement de garantir les droits de la défense, il est à l'origine de la défense elle-même. Il est l'instrument entre les mains des acteurs qui va permettre de la déterminer. Mais le principe du contradictoire n'est pas le seul principe sur lequel il faut compter pour la définir.

## **B – Une réelle égalité des armes en progression**

**333.** Le principe de l'égalité des armes contribue également à la construction de la défense. La liberté de choix laissée au prévenu d'être ou non assisté par un avocat, le droit d'obtenir une copie du dossier afin d'en prendre connaissance participe à une égalité des

---

<sup>291</sup> DANET, Jean. Op cit. p.114.

<sup>292</sup> Au cours de cette discussion, il serait fort regrettable que l'avocat n'ait connaissance ni de la nature ni du quantum de la peine. Ces informations sont des arguments influents dans l'élaboration et la mise au point d'une défense. « *L'attitude que le prévenu doit adopter à l'audience est évidemment fonction des risques encourus* ». V. GUILLOUX, Alain. *Rapport entre accusation et défense : des bons usages en matière de procédure pénale*. Gaz. Pal. du 26 et 27 janvier 2005, pp.3-4.

<sup>293</sup> MILBURN, Philip. Op cit. p.135.

armes formelle de la défense. Toutefois, comme le préconise régulièrement la Cour européenne des droits de l'homme « *la Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs* »<sup>294</sup>. Aussi, la possibilité d'avoir recours à l'aide juridictionnelle pour obtenir l'assistance d'un avocat, le droit à une copie gratuite pour consulter le dossier, répondent-ils en partie aux besoins effectifs de la défense. L'égalité des armes n'est plus seulement formelle, elle se veut réelle.

**334.** Le droit au libre choix d'un avocat contribue à maintenir une égalité des armes formelle entre la défense et l'accusation. Comment ? En garantissant un équilibre entre elles. Dès lors « *que toute partie à une action doit avoir une possibilité raisonnable d'exposer sa cause au tribunal dans des conditions qui ne la désavantagent pas d'une manière appréciable par rapport à la partie adverse* »<sup>295</sup>. Attendu que le statut de professionnel du droit reconnu à l'accusation est susceptible de créer un net avantage en comparaison du justiciable, simple profane de la matière juridique, le fait de reconnaître à ce dernier le droit de se faire assister par un avocat – un autre professionnel du droit – permet de rééquilibrer le rapport de force. La liberté du choix de l'avocat est affirmée à l'article 6 § 3 c) de la Convention européenne des droits de l'homme, dans l'article préliminaire de notre Code de procédure pénale – parmi les principes généraux du droit – ainsi qu'à de nombreuses reprises dans notre droit positif<sup>296</sup>. L'accès à l'information constitue un autre aspect essentiel de l'égalité des armes entre l'accusation et la défense. Il implique que la défense ait un droit égal à celui de l'accusation dans la consultation et la critique du dossier<sup>297</sup>. L'arrêt *Lamy* du 30 mars 1989 en matière criminelle et l'arrêt *Foucher* du 18 mars 1997 en matière délictuelle<sup>298</sup> constituent les arrêts de principe qui consacrent l'existence de ce droit dans notre ordonnancement juridique, au même titre que les arrêts de juin et octobre 1996<sup>299</sup> rendus par la Cour de cassation. Le choix de se défendre seul n'implique plus désormais la non connaissance du dossier par l'intéressé. La possibilité laissée au prévenu de consulter son dossier en demandant une copie de la procédure concourt au respect formel du principe de l'égalité des armes.

**335.** Notre droit positif ne se contente pas seulement d'une vision formelle du principe pour maintenir un équilibre entre les parties. La simple égalité de droit étant insuffisante pour garantir une effectivité aux droits de la défense, il faut une application réelle du principe pour parvenir à une égalité de fait.

La reconnaissance du droit à l'assistance d'un avocat pendant la préparation de la défense marque incontestablement un progrès des droits en faveur du prévenu sur un plan théorique.

---

<sup>294</sup> CEDH du 09 octobre 1979, Aff. *Airey c/Irlande*, Série A, n°32, § 24.

<sup>295</sup> Décision de la Commission des droits de l'homme du 30 juin 1959, Aff. *Swzabowicz c/Suède*, req. n°434/58, p.355 ; V. **GUINCHARD**, Serge., **BUISSON**, Jacques. *Procédure pénale*. Éd. Litec, 2005, p.353. Disponible sur : <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr> [consulté le 08/07/2007]

<sup>296</sup> CEDH du 28 août 1991, Aff. *Brandstetter c/Autriche*, Série A, n°211, § 39 ; CEDH du 25 septembre 1992, Aff. *Pham Hoang c/France*, Série A, n°243, § 39. V. *ibid.* idem n°400. Art. 417 du C. pr. pén., art. 4-1 de l'Ordonnance du 02 février 1945. Cass. crim. 16 janvier 1995, Bull. crim. n°20 ; Cass. crim. 22 septembre 1999, Bull. crim. n°196 : « *Attendu que l'article 417 du Code de procédure pénale impose au président de commettre un défenseur au prévenu comparant qui en fait la demande ; que l'inobservation de cette formalité substantielle porte atteinte aux droits de la défense* ». V. **SAINT-PIERRE**, François. *Le guide de la défense pénale*. 3<sup>e</sup> Éd. Dalloz, 2004, n°131.

<sup>297</sup> **JEAN-PIERRE**, Didier., **MELIN-SOUCRAMANIEN**, Ferdinand. *Le principe de l'égalité des armes*. Revue de la recherche juridique. Droit prospectif 1993, p.495.

<sup>298</sup> CEDH du 30 mars 1989, Aff. *Lamy c/Belgique*, Série A, n°151, § 24 ; CEDH du 18 mars 1997, Aff. *Foucher c/France*, req. n°22209/93, § 33-37 ;

<sup>299</sup> Cf. supra n°329.



Mais cette avancée reste abstraite et utopique si des moyens matériels, structurels ou financiers n'en deviennent pas le support nécessaire. La liberté de choisir un conseil ne se limite pas à une proclamation de principe. Elle exige également une mobilisation de moyens. Quel peut bien être l'utilité d'un droit si le justiciable n'a pas la possibilité de l'exercer ? Pourquoi lui octroyer le droit à l'assistance d'un avocat s'il n'a pas les moyens de le rémunérer ? Pourquoi lui accorder l'accès à son dossier lorsqu'il n'a pas les fonds financiers suffisants à la délivrance d'une copie ? En retenant une appréciation *in concreto* de l'égalité des armes, le droit dérivé de la Convention européenne d'une part, et notre droit interne – dans une moindre mesure – d'autre part, rendent concrets et effectifs les droits de la défense. Pour ce faire, la Cour vérifie dans les circonstances de la cause, si la défense n'a pas été substantiellement privée de la possibilité d'exercer librement ses droits. En ce qui concerne le droit à l'avocat, elle tient une position assez ferme et radicale puisqu'elle le considère comme un droit absolu. Dans un arrêt Van Geyseghem<sup>300</sup>, elle rappelle que : « *le droit à être effectivement défendu par un avocat figure parmi les éléments fondamentaux du procès équitable* ». Afin de satisfaire à cette exigence, l'ensemble des droits internes européens a mis en place un système d'aide judiciaire<sup>301</sup>. En France, les personnes physiques dont les ressources sont insuffisantes pour faire valoir leurs droits en justice peuvent bénéficier d'une aide juridictionnelle totale ou partielle<sup>302</sup>. Pour illustrer cette effectivité sur le terrain, la Chancellerie dénombre près de 217 000 dossiers d'admission à l'aide juridictionnelle en 2003 devant les juridictions correctionnelles. Cela signifie que 25 prévenus sur 100 bénéficient de l'assistance d'un avocat<sup>303</sup> en dépit de leur faible ressource. Cependant, l'appréciation *in concreto* du principe ne se limite pas uniquement à l'aspect financier des moyens mis en œuvre.

La cour est également attentive aux facilités qui entourent l'entretien avec l'avocat dans la préparation de la défense. L'article 6 § 3 c) reconnaît à « *tout accusé le droit de disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense* ». La formulation indéfinie de cette prescription légale laisse à la Cour une grande liberté d'appréciation, à partir de laquelle elle est autorisée à fonder les atteintes – ou le respect – au principe de l'égalité des armes. Il en ressort une jurisprudence très variée : un avocat ne saurait guère assister son client – au sens de l'article 6 § 3 c) – sans des consultations préalables entre eux<sup>304</sup>, ou

<sup>300</sup> CEDH du 21 janvier 1999, Aff. *Van Geyseghem c/Belgique*, req. n°26103/95, § 33 ; CEDH du 29 septembre 2000, Aff. *Biba c/Grèce*, req. n°33170/96, § 26-31 ; CEDH du 25 avril 1983, Aff. *Pakelli c/*, Série A, n°64, § 31 ; CEDH du 28 juin 1984, Aff. *Campbell et Fell c/Royaume-Uni*, Série A, n°80, § 99.

<sup>301</sup> Rapport du Sénat. *L'aide juridique*. Étude de législation comparée n° 137, juillet 2004, Cf. supra n°303 ; V. également le Rapport de la Commission européenne pour l'efficacité de la justice du 10 décembre 2004, § 2.1 ; Le Monde du 11 mai 2005, la justice française, mauvaise élève de l'Europe en matière budgétaire.

Disponible sur : <http://www.senat.fr/lc/lc137/lc1370.html#toc0> [consulté le 08/07/2007]

Disponible sur : [http://www.coe.int/T/F/affaires\\_juridiques/coop%20E9ration\\_juridique/Fonctionnement\\_de\\_la\\_justice/Efficacit%20de\\_la\\_justice/](http://www.coe.int/T/F/affaires_juridiques/coop%20E9ration_juridique/Fonctionnement_de_la_justice/Efficacit%20de_la_justice/) [consulté le 08/07/2007]

<sup>302</sup> Art 2 de la Loi n°91-647 du 10 juillet 1991 sur le droit à l'aide juridictionnelle. Le plafond est de 844 € mensuels à compter du 1er janvier 2005 pour bénéficier de l'aide juridictionnelle totale et de 1 265 € mensuels pour bénéficier de l'aide juridictionnelle partielle.

<sup>303</sup> Ce taux relativement faible s'explique par le fait que les prévenus ne sont pas systématiquement assistés d'un avocat en matière correctionnelle. En effet, certains contentieux de masse tels que les infractions à la sécurité routière ne réclament pas forcément l'assistance d'un avocat selon les justiciables. Nonobstant cette remarque, il est important de retenir que le taux d'aide juridictionnelle devant le tribunal correctionnel est passé de 20.6 % en 1994 à 25.3 % en 2004. in Les chiffres clés de la Justice en 2005.

Disponible sur : <http://www.justice.gouv.fr/chiffres/chiffrescles05.pdf> [consulté le 08/07/2007]

<sup>304</sup> CEDH du 28 juin 1984, Aff. *Campbell et Fell c/Royaume-Uni*, Série A, n°80, § 99.

lorsqu'il défend déjà un coaccusé<sup>305</sup>, en passant par les interceptions de courriers entre le prévenu et son avocat<sup>306</sup>, et l'impossibilité d'avoir accès au dossier<sup>307</sup>.

**336.** La satisfaction en droit pour le prévenu d'avoir la possibilité de prendre connaissance de son dossier pénal illustre parfaitement – dans une autre application des droits de la défense – la progression qualitative du principe de l'égalité des armes.

Les jurisprudences européennes et nationales<sup>308</sup> ont ouvert à la personne non assistée l'accès au dossier pénal en autorisant la délivrance d'une copie de tout ou partie de la procédure, à l'image des demandes de reprographie des auxiliaires de justice. Seulement cette copie était payante au prix de 0,46 euro la page, hormis pour les cas où le client de l'avocat bénéficiait de l'aide juridictionnelle<sup>309</sup>. Au-delà du coût financier qui pouvait se montrer fort prohibitif pour les dossiers volumineux, c'est véritablement l'accès pratique au dossier – indispensable à toute préparation au fond de la défense – qui posait problème à la défense comme à la partie civile. Contrairement à certaines idées reçues, les Palais de Justice ne sont pas des endroits propices à la consultation des dossiers. « *Elle s'effectue bien souvent dans un couloir passager, ou dans le service chargé de l'audiencement aux seules heures ouvrables et dans le bruit [...]. En outre, les greffes des tribunaux n'étaient pas organisés ni suffisamment équipés pour délivrer les copies dans des délais normaux [...]. La nécessité d'une copie pour la défense faisait donc figure d'évidence* »<sup>310</sup>.

Finalement, cette évolution dans la nature de l'égalité des armes n'est venue ni d'un revirement de jurisprudence, ni d'une réforme législative. La montée en puissance du principe qui associe une égalité en droit à une égalité en fait est issue en l'espèce d'un mouvement revendicatif des avocats à l'automne 2000. Après plusieurs années de demandes syndicales insatisfaites sur la gratuité de la copie du dossier, un protocole d'accord est signé entre la Chancellerie et les représentants de la profession d'avocat, avant d'être intégré dans le décret du 31 juillet 2001<sup>311</sup>.

Désormais, l'article R.165 du Code de procédure pénale prévoit la gratuité de la première copie du dossier pénal à l'égard de l'avocat des parties ou de la partie non assistée. Par ailleurs, il s'est développé au sein des grandes juridictions notamment, un service de reprographie avec des moyens en matériels et en personnels conformément aux prescriptions de la circulaire d'application<sup>312</sup> afin de satisfaire les demandes dans les meilleurs délais.

Les avancées concrètes constatées dans la préparation de la défense sur le plan du principe de l'égalité des armes renforcent indiscutablement les droits de la défense. Ces progrès sont particulièrement significatifs puisqu'ils concernent la majorité des saisines du Tribunal de police et du Tribunal correctionnel<sup>313</sup>.

**337.** À l'aune de l'audience, les avancées des principes du contradictoire et de l'égalité des armes accentuent singulièrement le degré de protection des droits de la défense.

---

<sup>305</sup> CEDH du 09 juin 1998, Aff. *Twalib c/Grèce*, req. n°24294/94, § 40.

<sup>306</sup> CEDH du 15 novembre 1996, Aff. *Domenichini c/Italie*, req. n°15943/90, § 37-39.

<sup>307</sup> CEDH du 18 mars 1997, Aff. *Foucher c/France*, req. n°22209/93, § 33-37.

<sup>308</sup> Cf. supra n°333 et s.

<sup>309</sup> La France n'était pas le seul État à faire payer au justiciable le coût de la photocopie. V. **MULLER**, Lawrence. *Du coût de la copie des dossiers répressifs en Belgique*. RTDH 1994, p.635.

<sup>310</sup> **DANET**, Jean. Op cit. p.100.

<sup>311</sup> Décret n°2001-689 du 31 juillet 2001, JO du 1<sup>er</sup> août 2001.

<sup>312</sup> Circ. du 03 août 2001 relative à la délivrance des copies des pièces pénales, BOMJ n°83, § IV.

<sup>313</sup> Soit 86 % des saisines du Tribunal correctionnel et 40 % pour le Tribunal de police. in Les chiffres clés de la justice en 2005.

Cependant, il existe encore un espace réservé, ignoré du justiciable et méconnu des praticiens où un déficit des principes perdure. Il est suffisamment rare dans cette phase et stratégique pour qu'il ne soit pas passé sous silence. Il ne concerne pas directement l'affrontement dialectique des parties. Il s'agit de la préparation de l'audience effectuée par le président de la juridiction. Elle méconnaît les principes à un double degré : elle s'appuie exclusivement sur le dossier écrit de l'accusation et elle n'offre pas à la défense une possibilité de déposer des conclusions écrites.

En tant que magistrat du siège amené à se prononcer sur la culpabilité d'une personne, il est essentiel que le juge ait connaissance de toutes les interprétations des faits avant de trancher définitivement l'affaire. Certes, les débats contradictoires jouent ce rôle salvateur<sup>314</sup> pour la défense, néanmoins l'oral ne remplacera jamais les déficiences de l'écrit. Le temps de l'audience n'est pas celui de sa préparation. Ils se succèdent et ont chacun une importance distincte, mais il est illusoire de penser que les insuffisances de l'un seront compensées par le respect des principes de l'autre. Pourtant certains ne se priveront pas de le penser, et d'ajouter finalement qu'ils respectent tous deux les principes puisque la version du mis en cause est inscrite dans la procédure. Or, une telle conception des principes est extrêmement réductrice, illusoire et dangereuse.

Elle est réductrice parce que le magistrat prépare exclusivement son audience sur la version écrite de l'accusation, sans qu'il existe pour la défense un véritable moyen d'apporter la contradiction<sup>315</sup>. Celle des procès-verbaux d'audition ou d'une éventuelle participation aux actes d'investigation est purement illusoire. Les interrogatoires de garde à vue présentent une version de la défense qui n'est ni libre, ni éclairée. Notre conception du contradictoire et de l'égalité des armes, inspirée du droit civil et du droit européen, exigerait le dépôt au dossier de conclusions écrites par l'avocat de la défense, à l'instar du règlement écrit par l'accusation pour renvoyer l'affaire devant la juridiction compétente. Enfin, elle est dangereuse parce que cette illusion cache en réalité un inventaire d'éléments à charge obtenu au stade de l'enquête c'est-à-dire dans une phase du procès où les déficiences et les insuffisances des principes – précédemment recensées<sup>316</sup> –, sont les plus nombreuses.

Par conséquent, le juge prépare son audience<sup>317</sup> sur la base d'une version unilatérale des faits, intentionnellement orientée et manifestement irrespectueuse des principes.

---

<sup>314</sup> Cf. infra. L'audience reste un lieu privilégié d'expression pour la défense, même s'il faut également tenir compte des contingences du rituel judiciaire.

<sup>315</sup> En matière criminelle, la défense ne peut plus déposer de conclusions, passé le délai de 20 jours après la notification de la fin de l'instruction conformément à l'article 175 du Code de procédure pénale. De toute façon, les demandes à son initiative porte exclusivement d'une part sur la commission d'acte d'investigation, et d'autre part sur des nullités de procédures. À l'opposé, en correctionnelle, l'article 459 du Code de procédure pénale autorise le dépôt de conclusions par le prévenu, les autres parties et leurs avocats, mais il s'agit uniquement de soulever *in limine litis* une irrégularité de procédure. En matière de police, l'article 536 dudit code renvoie à l'article 459. Par conséquent, pour l'ensemble des juridictions pénales, il n'est pas possible à la défense de déposer des conclusions sur le fond de l'affaire.

<sup>316</sup> Cf. supra Titre 2 Chapitre 1.

<sup>317</sup> La préparation d'une audience débute tout d'abord par une lecture du dossier. Elle permet au magistrat de se faire une première idée de l'affaire, sur les auteurs, la date et les circonstances des faits... Ensuite, il s'agit de séparer l'accessoire de l'essentiel, les éléments probants des éléments non probants dans le but d'obtenir une vision claire, précise et synthétique du dossier. Qui a fait quoi, selon les éléments de preuve ? Qui reconnaît quoi dans les auditions ? Ainsi, le dossier écrit et sa préparation recouvrent une valeur stratégique proportionnelle à l'importance de l'affaire. Plus les faits sont simples et reconnus, moins l'écrit et sa préparation jouent un rôle dans la construction de la décision. À l'inverse, plus les faits sont complexes par nature – notamment dans le domaine économique et financier – ou par le nombre de prévenus, de victimes ou par la contestation des faits, plus le magistrat passe de temps à l'étude du dossier afin de garantir une célérité des débats à l'audience, plus le dossier influence, même inconsciemment, son jugement.

## § 2 – À l’audience

**338.** Au sein de notre histoire judiciaire pénale – mais également dans les autres systèmes pénaux européens – les débats contradictoires figurent parmi les éléments les plus pérennes du procès pénal. Nonobstant la nature inquisitoire ou accusatoire du système, l’audience a toujours été l’occasion d’une discussion dialectique – relativement libre – entre les acteurs du procès. La consubstantialité du principe du contradictoire avec le concept très général de résolution des conflits explique cette pérennité et justifie son caractère absolu<sup>318</sup> dans la phase de jugement (A). En revanche, l’égalité des armes est un principe relativement récent en comparaison du premier. S’il bénéficie de celui-ci pour connaître également son apogée au moment de l’audience, le principe de l’égalité des armes reste d’application relative même s’il faut reconnaître de nombreux progrès (B).

### A – Un principe du contradictoire absolu

**339.** Au même titre que l’oralité ou la publicité des débats, le principe du contradictoire est l’une des caractéristiques substantielle du procès pénal au moment de l’audience<sup>319</sup>. Il est absolument interdit d’y déroger. Il s’applique de l’ouverture à la fermeture des débats, et à l’égard de toutes les parties. Toutefois son caractère absolu ne préjuge ni un immobilisme de ses manifestations ni un monisme de sa fonction protectrice. Du point de vue de la défense, l’audience connaît deux phases successives dans lesquelles la progression du contradictoire se manifeste différemment afin de satisfaire deux objectifs complémentaires. Lors de l’instruction à l’audience, le principe se manifeste par un dialogue qui se veut constructif (1) alors qu’au moment des plaidoiries il s’exprime sous la forme d’un monologue qui se veut démonstratif (2).

#### 1) Par un dialogue constructif

**340.** Les débats qui résultent de l’instruction à l’audience révèlent un dialogue constructif pour l’ensemble des parties et du procès. Il est intentionnellement employé le terme de dialogue pour caractériser les débats judiciaires parce qu’ils réunissent deux ou plusieurs personnes dans une discussion. La qualité du contradictoire à l’audience s’est par ailleurs sensiblement améliorée depuis que la loi du 15 juin 2000 a autorisé les avocats des parties à poser directement des questions aux témoins, sans passer par l’intermédiaire du président. La suppression de cette contingence formelle a fluidifié les débats<sup>320</sup>.

---

<sup>318</sup> GARAPON, Antoine. *L’âne portant des reliques. Essai sur le rituel judiciaire*. Coll. Justice humaine, 1985, p.132.

<sup>319</sup> GARAPON, Antoine. *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*. Éd. O. Jacob, 1997, p.143-146. « Toute parole doit pouvoir être contredite : voilà la sagesse indépassable du procès. Audi alteram partem : écoute l’autre partie. D’où l’importance du contradictoire qui, plus encore qu’une garantie, révèle l’identité même du débat judiciaire et de la justice occidentale toute entière ».

<sup>320</sup> Projet de loi renforçant la protection de la présomption d’innocence et les droits des victimes, n° 1079, déposé le 17 septembre 1998 ; dans la pratique judiciaire, cette amélioration du contradictoire est relative dans le sens où le législateur a entendu mettre la loi en accord avec une pratique majoritaire. V. DANET, Jean. *Le procès d’assises après la réforme. Regard sur les pratiques*. Rev. sc. crim. 2003, pp.291-292.

Ce dialogue est également qualifié de constructif parce qu'il reconnaît notamment la fonction heuristique du principe<sup>321</sup>. Cependant, en l'espèce il s'agit moins de se positionner par rapport au procès que par rapport à la défense elle-même. Dans cette perspective, la fonction de protection du principe joue également un rôle constructif. L'application du contradictoire protège la défense de toute information dissimulée d'une part, et de toute argumentation partisane ou preuve arbitraire discrétionnairement imposée d'autre part.

La qualification contradictoire unanimement accordée aux débats judiciaires lors de l'audience de jugement favorise indéniablement une appréhension transparente et intégrale de toute information concernant l'affaire en cause. L'expression orale du contradictoire vient en complément de sa manifestation écrite. Elle valide une traduction papier ou complète au besoin les insuffisances d'un dossier. Peu importe le moyen d'information, la défense – comme le président de la juridiction, le ministère public et la partie civile – possède une connaissance omnisciente de l'affaire ou du moins une connaissance identique à celles des autres acteurs. Cette multidiffusion de l'information est consubstantielle au principe du contradictoire. Il protège la défense de toute dissimulation d'information<sup>322</sup>. Il constitue surtout son moyen d'expression, l'outil indispensable par lequel transitent les arguments, les idées de la défense. En conséquence, le principe du contradictoire favorise dans un premier temps la circulation de l'information afin qu'il en soit discuté dans un second temps.

Sur la base des renseignements inscrits dans le dossier, la contradiction des débats génère par elle-même de l'information apportée par et au profit des parties. Le dialogue qui s'instaure entre elles sous le contrôle du président, les échanges d'arguments et les confrontations d'interprétations enrichissent le "capital initial" d'informations. Des progrès strictement formels au niveau de la technique et de l'organisation des débats ont contribué en outre à fluidifier les dialogues<sup>323</sup>. La discussion favorise l'information qui tend à octroyer aux parties et aux magistrats une connaissance pleine et entière de l'affaire. Cette omniscience issue du contradictoire confère partiellement à la décision de justice qui en résultera, son caractère loyal, juste et équitable. Ainsi, l'on comprend mieux l'immutabilité historique du contradictoire au sein des débats lors de l'audience de jugement.

Par ailleurs, la discussion constitue pour la défense une arme plus offensive. Le principe du contradictoire n'agit pas uniquement en tant que garde-fou, il lui consacre un moyen d'expression, une possibilité de se faire entendre, et surtout une liberté de critiquer les preuves adverses. Comme le rappelle Mireille Delmas-Marty, la présomption d'innocence fait

---

Disponible sur : <http://www.assemblee-nationale.fr/projets/pl1079.asp> [consulté le 08/07/2007]

<sup>321</sup> V. **FRISON-ROCHE**, Marie-Anne. *Généralités sur le principe du contradictoire*. Thèse Paris II, 1988. Elle met pour la première fois en évidence la fonction heuristique du contradictoire. Selon elle, la contradiction a pour fonction dans le procès de permettre au juge de découvrir la vérité, celle des faits et celle de la loi qu'il convient d'appliquer. V. également, **ASCENSI**, Lionel. *Du principe de la contradiction*. Thèse Paris I, Panthéon-Sorbonne, 2005, p.229-272 ; **CADIET**, Loïc., **JEULAND**, Emmanuel. *Droit judiciaire privé*. Éd. Litec, 2004, p.375.

<sup>322</sup> CEDH du 22 juillet 2003, Aff. *Edwards et Levis* c/Royaume Uni, req. n°39647/98, 40461/98. Lorsqu'un justiciable est arrêté sur les indications d'un policier infiltré, le témoignage du policier ne peut-être retenu s'il n'est pas divulgué à la défense et au jury. Les exigences d'un procès équitable excluent l'utilisation de preuves obtenues au moyen d'un piège tendu par la police. Outre le respect des principes du contradictoire et de l'égalité des armes, l'article 6 exige que le ministère public fasse connaître à la défense tous les éléments pertinents.

<sup>323</sup> Art. 312 du C. pr. pén. Avant la loi du 15 juin 2000, les parties interrogeaient un témoin ou une autre partie en passant obligatoirement par l'intermédiaire du président de la juridiction. La défense posait une question à la Cour, et son président la répétait à destination de l'intéressé. Cette technique de dialogue alourdissait considérablement les débats en temps et surtout en qualité. La discussion était formellement hachée. Conscient de cette barrière formelle, les praticiens s'en sont progressivement affranchis. La loi du 15 juin 2000 a finalement entériné une pratique : les parties interrogent directement l'intéressé après avoir demandé la parole au président.

supporter à la liberté de la preuve la contrainte d'une mise en doute systématique ou ce qu'Henri Leclerc dénomme : la production du doute<sup>324</sup>. L'examen critique par la défense de la légitimité de preuves obtenues de façon déloyale, de la valeur des aveux en garde à vue ou de l'administration des preuves à charge représente une autre manifestation du contradictoire. Il soumet le dossier de l'accusation à l'exégèse d'une analyse partisane. Cette contradiction tend au moins à la critique, au plus à la déconstruction de la thèse adverse. La défense se construit dans ce dialogue intentionnellement polémique. Elle réfute certains arguments, rejette des explications et s'appuie sur d'autres éléments pour fonder sa propre interprétation des faits. La contradiction profite en outre au magistrat qui se forge ainsi sa propre conviction sur l'enjeu des débats, qui est de savoir si les charges résistent ou non à la critique. La défense en l'espèce, et la justice en général, ont tout intérêt à ce que le principe du contradictoire tende vers une application absolue.

**341.** Les débats judiciaires sont considérés comme l'acmé du contradictoire lors de la phase de jugement. Depuis la scène décrivant la contradiction du procès grecque sur le bouclier d'Achille dans l'Iliade<sup>325</sup> jusqu'au procès moderne que nous connaissons aujourd'hui, ils n'ont cessé de démontrer une activité pérenne, mais pas immuable. La constance du principe dans le temps ne préjuge ni de sa force ni de son champ d'application. Contrairement à une idée reçue qui veut que le contradictoire à l'apogée de sa mise en œuvre ne puisse plus progresser, nous remarquons qu'il peut s'accroître verticalement en prenant une densité plus forte, et horizontalement en s'imposant sur l'ensemble des champs judiciaires. Dans la pratique, le contradictoire se traduit notamment par le fait qu'une information portée à la connaissance du tribunal – ou de la Cour – après la fin de l'audience ne peut être pris en considération faute d'avoir été débattue contradictoirement<sup>326</sup>. Le président est dans l'obligation de rouvrir les débats afin de satisfaire au principe et aux droits de la défense. La protection du justiciable est importante au point que la chambre criminelle l'étend jusqu'à l'apparence<sup>327</sup>. Le simple risque que le principe du contradictoire ait pu ne pas être respecté suffit à annuler la décision y afférent. L'extension de la protection à une simple apparence de nature à entretenir la méfiance du justiciable s'inscrit parfaitement dans le souci de transparence et de crédibilité de la justice, également prescrit par les juges européens à travers la formule : « *justice must not only be done, but must also be seem to be done* ». Elle affirme surtout une volonté ferme et irréfutable de faire respecter le principe afin de garantir les droits de la défense.

---

<sup>324</sup> « *La justice juge quelqu'un sur un certain nombre de charges. Le rôle de l'avocat doit être de les soumettre à un examen critique pour contraindre la justice à réfléchir. Or cet exercice est souvent très vertigineux sur le plan intellectuel. Alors qu'au départ l'avocat commence par être convaincu de la culpabilité du client, il se produit au fur et à mesure du travail de critique virulente des charges un phénomène psychologique naturel : la production du doute* ». **LECLERC**, Henri. *Un combat pour la justice*. La découverte/témoins, 1994, p.315.

<sup>325</sup> **SALAS**, Denis. *Du procès pénal*. Éd. PUF, Coll. « Les voies du droit », 1992, p.12.

<sup>326</sup> Art. 347 C. pr. pén. Cass. crim. 09 mars 1994, Bull. crim. n°92. Les exigences du procès équitable ne font pas obstacle à ce que le ministère public verse aux débats des pièces nouvelles, à la condition que ces pièces soient soumises à une discussion contradictoire et qu'un délai soit, le cas échéant, accordé à l'accusé et à son conseil pour les examiner. Idem. Cass. crim. 30 octobre 1996, Bull. crim. n°387 ; Cass. crim. 15 juin 2000, Bull. crim. n°228. La Cour européenne des droits de l'homme partage la même opinion. Elle juge que « toute communication de pièce nouvelle, même sans incidence démontrée sur la décision, doit entraîner la réouverture des débats ». CEDH du 27 avril 2000, Aff. *Kuopila c/Finlande*, req. n° 27752/95, § 37-38.

<sup>327</sup> Cass. crim. 19 septembre 1990. Rev. sc. crim. 1991, p.117, Obs. Braunschweig ; D. 1991, jurisp. p.91, note D. Mayer. En l'espèce, le procureur de la République était resté seul avec le magistrat instructeur en son cabinet à l'issue des débats contradictoires mais avant que ce dernier ne statue. La prise en considération de l'apparence démontre à la fois la force du principe, la volonté d'étendre son application et l'enjeu essentiel qu'il recèle : son pouvoir de protection.

Le législateur et la Cour européenne partagent cet avis et entendent conserver son application jusque dans les cas d'espèces où les circonstances seraient susceptibles de le continger, tel qu'en matière de témoin anonyme. Ce statut est particulièrement encadré dans notre droit interne<sup>328</sup> et strictement interprété par la jurisprudence européenne<sup>329</sup>. Chacun tente de concilier les antagonismes entre les nécessités de l'anonymat du témoin et les droits de la défense à l'aide du principe de proportionnalité. Quoi qu'il en soit, sur le plan du contradictoire, son exercice est non seulement maintenu, mais il est exigé sous peine de condamnation : « *les droits de la défense commandent d'accorder à l'accusé une occasion adéquate et suffisante de contester un témoignage à charge et d'en interroger l'auteur, au moment de la déposition ou plus tard* »<sup>330</sup>.

**342.** L'accès à l'information et sa connaissance constituent le socle primaire, la base minimale à partir duquel la défense se construit. Pour preuve, des débats contradictoires sont organisés dans toutes les procédures pénales où une décision implique la défense<sup>331</sup>. Il en est légitimement question dans les circuits répressifs traditionnels tels que devant le juge d'instruction, le juge des libertés et de la détention, le juge de proximité, le président du tribunal de police, de correctionnel et de la Cour d'assises, mais également au sein des circuits alternatifs, pendant une médiation ou une composition pénale, et dans le circuit post-sententiel, devant le JAP et la Commission de discipline. Ni les juridictions du premier et second degré, ni la Cour de cassation n'échappent à son application. Cette dernière a d'ailleurs connu une évolution<sup>332</sup> favorable des droits de la défense sous l'impulsion du respect du contradictoire. En effet, la menace de condamnations par la Cour européenne des droits de l'homme<sup>333</sup> a influencé la Cour à modifier son rituel judiciaire à l'audience dans le but de satisfaire aux exigences du contradictoire. Désormais, l'avocat général informe avant le

<sup>328</sup> Loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne, V. Art. 706-57 à 706-63 du C. pr. pén. Pour connaître l'évolution de notre droit positif à l'égard du témoin anonyme, V. **LEGEAIS**, Raymond. *L'utilisation de témoignages sous forme anonyme ou déguisée dans la procédure des juridictions répressives*. RIDC, 1998, Vol. 2, p.711 ; **LE CALVEZ**, Jacques. *Les dangers du « X » en procédure pénale : opinion contre le témoin anonyme*. D. 2002, n°40, chron. p.3024 ; **BEERNAERT**, Marie-Aude. *La recevabilité des preuves en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*. RTDH 2007, p.81 et s.

<sup>329</sup> CEDH du 19 décembre 1990, Aff. *Delta* c/France, Série A, n°191-A, § 37 ; CEDH du 20 septembre 1993, Aff. *Saïdi* c/France, Série A, n°261-C, §§43-44 ; CEDH du 14 décembre 1999, Aff. *A.M.* c/Italie, req. n° 37019/97, § 25 ; CEDH du 20 décembre 2001, Aff. *P.S.* c/Allemagne, req. n° 33900/96, §§22-24. V. **RENUCCI**, Jean-François. *Les témoins anonymes et la convention européenne des droits de l'homme*. Rev. pénit. 1998, p.3.

<sup>330</sup> CEDH du 20 novembre 1989 Aff. *Kostovski* c/Pays-Bas, Série A, n°166, § 41 ; **CALLEWAERT**, Johan. *Témoignages anonymes et droits de la défense*. RTDH 1990, p.270 ; CEDH du 13 novembre 2003 Aff. *Rachdad* c/France, req. n°71846/01, § 23 ; D. 2004. Somm. n°988, Obs. Renucci. AJ pénal 2004, p.76, Obs. Leblois-Happe. V. également pour une analyse critique de la procédure de témoin anonyme, **LE CALVEZ**, Jacques. *Les dangers du « X » en procédure pénale : opinion contre le témoin anonyme*. D. 2002, n°40, chron. p.3024-3027.

<sup>331</sup> Même s'il faut reconnaître que l'application du principe du contradictoire sert autant à la construction de la défense qu'à la construction de l'intime conviction du juge et, incidemment, à la construction de l'accusation.

<sup>332</sup> V. **CHARBONNIER**, Lucien. *Ministère public et Cour suprême*. JCP 1991, I, 3532 ; Rapport annuel de la Cour de cassation, 1995. Discours prononcé lors de l'audience solennelle par M. Jéol, Premier Avocat général à la Cour de cassation, La documentation française, Paris, 1995 ; L'allocution du 10 janvier 1997 prononcé par M. Burgelin, Procureur général près la Cour de cassation, intitulé : « *L'avocat général à la Cour de cassation et la Convention européenne des droits de l'homme* ». Gaz. Pal. du 23-24 mai 1997, p.

<sup>333</sup> Avant 1995, devant la Cour de cassation, la défense n'avait pas connaissance à l'avance des conclusions de l'avocat général. En outre, la procédure ne lui octroyait pas la possibilité d'y répondre. Sous la menace des condamnations européennes, elle instaura le principe du contradictoire à son rituel. V. CEDH du 30 octobre 1991, Aff. *Borgers* c/Belgique, Série A, n°214-B, § 27-28 ; CEDH du 31 mars 1998, Aff. *Reinhardt et Slimane-Kaid* c/France, req. n°23043/93 et 22921/93, § 105-106 ; CEDH du 31 mai 2005, Aff. *Vetter* c/France, req. n°59842/00, § 30-32.

jour de l'audience les conseils des parties du sens de ses conclusions et, lorsque, à la demande desdits conseils, l'affaire est plaidée, ces derniers ont la possibilité de répliquer à ses conclusions oralement ou par une note en délibéré.

Au terme de l'audience, non seulement le contradictoire s'affirme de plus en plus comme un principe directeur incontournable au procès, mais il ne cesse de s'intensifier et de s'accroître.

## 2) Par un monologue démonstratif

**343.** La plaidoirie n'est plus un enjeu aussi décisif que par le passé même si elle reste un monologue essentiel à la démonstration de la défense.

Les enjeux de la défense, autrefois strictement concentrés autour de la plaidoirie, se sont progressivement déplacés et répartis dans chacune des phases du système pénal, à l'image des droits de la défense. L'émergence de ces derniers aux extrémités du procès, leur renforcement durant la phase policière et surtout au cours de la phase judiciaire ont ouvert de nouvelles perspectives. En amont, la défense est présente dès la garde à vue. Elle détient des moyens d'investigation importants pendant l'instruction. En aval, elle dispose de prérogatives tout aussi substantielles qui permettent d'aménager la peine. Au terme de notre démonstration, la plaidoirie n'est plus l'ultime et exclusif espace de défense d'antan. En réalité, elle est devenue au fil du temps une manifestation des droits de la défense comme il en existe à chaque étape de notre processus judiciaire qui débute avec l'enquête, se poursuit avec le choix procédural, la phase d'investigation, de jugement, pour ne s'achever qu'avec l'exécution de la peine.

La plaidoirie a perdu son monopole au profit de sa diffusion. Les progrès des droits de la défense engendrés par l'accroissement du nombre de débats contradictoire au sein des procédures judiciaires ont mis un terme à l'exclusivité de la plaidoirie lors de l'audience de jugement. Même s'il est nécessaire d'être prudent sur la comparaison entre une plaidoirie de Cour d'assises et une plaidoirie sur une détention provisoire ou un aménagement de peine, tant sur le fond que dans la forme, de nombreuses ressemblances existent, à commencer par le monologue démonstratif<sup>334</sup> de l'exercice.

À la déconcentration de la plaidoirie, s'ajoute un évènement majeur de politique pénale : l'abolition de la peine de mort<sup>335</sup>. La commuabilité de la peine de mort en peine de prison à perpétuité a atténué les enjeux de la défense. La vie d'un être humain est difficilement comparable avec une peine de prison à vie<sup>336</sup>. Les avocats qui ont eu à défendre un client qui encourait la peine capitale reconnaissent unanimement<sup>337</sup> un changement de nature dans les enjeux de la défense. « *La mort du condamné, c'est l'injustice à l'état brut, la seule, celle qui ôte à l'avocat sa raison d'être, parce qu'elle est définitive, parce qu'il ne peut plus rien, parce qu'il ne pourra jamais plus rien pour celui qu'il défendait* »<sup>338</sup>.

---

<sup>334</sup> Cf. infra.

<sup>335</sup> **BADINTER**, Robert. *L'abolition*. Éd. Fayard, 2001.

<sup>336</sup> « *Guillotiner, ce n'était rien d'autre que prendre un homme et le couper vivant, en deux morceaux. C'était aussi simple et insoutenable que cela* ». *ibid.* idem.

<sup>337</sup> « *l'exécution d'un condamné place violemment l'avocat dans une position insoutenable de voyeur, dépouillé qu'il est à cet instant de tous les outils juridiques qui filtrent habituellement l'horreur en lui donnant un rôle actif à tenir et une prise sur le réel. Il assiste impuissant à la mise à mort et hors le regard, il ne peut qu'encourager son client à mourir, ce qu'il l'oblige en plus à nier tout ce pour quoi il est en principe programmé...* ». **SOULEZ-LARIVIERE**, Daniel. *L'avocature*. « *Maître, comment pouvez-vous défendre ?* » Éd. Ramsay, 1982, p.84 ; **BADINTER**, Robert. *L'exécution*. Éd. Fayard, 1973.

<sup>338</sup> Paroles d'Henri Torrès in **BADINTER**, Robert. *L'exécution*. Éd. Fayard, 1973, p.17.



Par ailleurs, la plaidoirie a considérablement évolué dans sa forme. L'éloquence cède sa place à l'efficacité. Elle s'est adaptée aux évolutions et à la diversification des circuits pénaux. Les grandes plaidoiries d'autrefois de "ténors du Barreau" tels Renée Floriot, Jacques Isorni, Robert Badinter, Paul Lombard, Daniel Soulez-Larivière ou Jean-Denis Bredin sont quasiment révolues, faute de grands procès et non d'avocats aussi habiles à manier le verbe. Les plaidoiries de "ténors" se raréfient parce que les possibilités de plaider longuement devant une Cour d'Assises sont statistiquement faibles<sup>339</sup>. Devant le Tribunal correctionnel, elles sont difficilement admises pour des raisons de logistique aisément compréhensibles en termes de temps et de moyens<sup>340</sup>. En revanche, les plaidoiries en cabinet connaissent une croissance proportionnelle aux champs d'action conquis par la défense telle qu'en matière de médiation pénale, d'instruction, de détention provisoire, d'aménagement de peines ou encore devant le juge des enfants. Aussi, les avocats privilégient davantage le fond parce qu'ils sont contraints d'intervenir dans des délais restreints et pour des durées comprimées par le rôle d'audience, et parce qu'ils ont une meilleure connaissance des pièces du dossier qu'autrefois<sup>341</sup>. Au surplus, ils plaident généralement devant un auditoire de professionnels. Et « *le juge apprend à se méfier de la présentation trop séduisante d'une cause. Par ailleurs, un plaidoyer, si habile soit-il, ne résiste pas toujours à la confrontation avec le dossier [...]. Aujourd'hui, l'éloquence est plus démonstrative qu'émouvante et le théorème remplace l'homélie* »<sup>342</sup>.

**344.** L'accroissement des droits de la défense, la diversification des manifestations et des champs d'application du principe du contradictoire relativisent la place de la plaidoirie. Cependant, il ne faut pas y voir une concurrence des droits vis-à-vis de la plaidoirie, au contraire, celle-ci intervient en complément, en se fondant sur ceux-ci.

La plaidoirie est un monologue démonstratif. Cette périphrase définit à elle seule les principales caractéristiques de ce discours. Elle n'a pas changé de fonction. Son but a toujours été d'emporter l'intime conviction du juge ou du jury, seulement les moyens d'y parvenir se sont objectivés. L'éloquence, l'emphase, le ton, la sonorité des phonèmes et le rythme des mots sont toujours importants dans une prestation orale à condition d'être employé avec parcimonie et à bon escient<sup>343</sup>. Nonobstant une interrogation sur sa nature contradictoire<sup>344</sup>, la forme n'exige pas d'autres développements.

La plaidoirie s'est objectivée en proportion du développement des droits de la défense et notamment de l'accroissement du principe du contradictoire. En effet, la plaidoirie est une interprétation synthétique et argumentative qui s'élabore prioritairement sur le dossier écrit et incidemment sur les débats contradictoires de l'audience, à destination des magistrats<sup>345</sup>.

<sup>339</sup> Annuaire statistique de la justice. La Documentation française, Éd. 2006, p.125.

<sup>340</sup> Cf. supra n°286.

<sup>341</sup> Il est intéressant de noter que l'amélioration d'un segment du contradictoire, en l'espèce l'accès à la procédure, peut influencer un autre segment de ce même principe – la plaidoirie – et le faire évoluer favorablement.

<sup>342</sup> **ROZES**, Simone., **LOMBARD**, Paul. *Le juge et l'avocat. Dialogue sur la justice*. Éd. Robert Laffont, 1992, p.122-123.

<sup>343</sup> La forme doit être en adéquation avec le fond. Ils doivent se soutenir mutuellement dans le discours. Elle est également dépendante de la juridiction devant laquelle l'avocat intervient. On ne plaide pas de la même manière en Cour d'Assises et devant le JAP. Enfin, il est nécessaire d'adapter la forme de son discours par rapport à son interlocuteur. Est-il attentif ou distrait, agacé ou captivé ? Il est important de prêter attention aux signes émis par son interlocuteur, ils renseignent sur les modifications de formes éventuelles à effectuer.

<sup>344</sup> Cf. infra.

<sup>345</sup> « *L'une des complexités de ce métier, c'est que l'avocat plaide avec les mêmes mots, pour plusieurs publics différents* ». Il plaide pour la juridiction, pour le client, pour le public, l'opinion publique et pour lui-même. V. **BREDIN**, Jean-Denis., **LEVY**, Thierry. *Convaincre : Dialogue sur l'éloquence*. Éd. Odile Jacob, 2002, p.294.

quelle que soit la juridiction, elle se construit à partir du dossier de l'accusation. Elle exige un travail méticuleux d'analyse des faits, des preuves et des procédures. Elle requiert également un travail de synthèse important afin de distinguer le substantiel de l'accessoire. Elle se prépare ensuite avec le client. Les dossiers, notamment correctionnels, sont insuffisamment renseignés sur la personnalité du prévenu. Leur entrevue est l'occasion de définir une stratégie de défense, elle constitue aussi une source utile d'informations non recensées au dossier<sup>346</sup>. Enfin, l'avocat doit capter toute la quintessence des discussions échangées au cours de l'audience. Il doit adapter sa plaidoirie en tenant compte des révélations ou des contrevérités apportées par les débats. La plaidoirie est un exercice difficile en prise directe avec l'audience mais elle ne saurait se dispenser de tout travail de préparation en amont<sup>347</sup>. De même, « *s'il faut aborder la barre avec un dossier sans faille et des arguments méticuleusement pesés, il ne faut pas en être prisonnier et savoir s'en évader si le climat de l'audience l'exige. Prendre de la distance et adapter un système de défense à la conjoncture fugace du moment est une des premières qualités de l'avocat. Il doit savoir tenir compte de l'humeur de ses juges et des aléas du hasard. La procédure verbale exige de ses servants souplesse et esprit d'à-propos ; malheur à celui qui reste figé dans ses notes comme un papillon épinglé à son liège*<sup>348</sup> ». Enfin, la plaidoirie bénéficie autant à la démonstration de l'innocence qu'à l'explication de la culpabilité<sup>349</sup>. Relativement rare en pratique, la plaidoirie de l'innocence accentue son argumentation sur les faiblesses et les incohérences du dossier. Dans l'hypothèse plus fréquente où la personne reconnaît la commission des faits, elle s'oriente davantage sur une explication rationnelle des événements en rapport avec la personnalité du mis en cause. Elle tente de donner du sens aux actes afin de justifier autant que possible une proposition de peine, négociée en amont entre l'avocat et son client. Ainsi, l'orientation de la plaidoirie est relativement indifférente dans la recherche d'éléments objectifs à sa construction.

**345.** L'élaboration, les fondements, les apports et le but poursuivi par la plaidoirie s'inscrivent à la fois sur des pièces du dossier et sur des arguments débattus à l'audience. Deux manifestations distinctes du contradictoire servent de bases à une troisième forme, la plaidoirie. Ce monologue démonstratif est-il pour autant contradictoire ? La part de provocation que soulève cette question n'est pas exclusive de son bien-fondé. Une des principales caractéristiques de l'exercice repose sur un monologue au cours duquel l'avocat donne son interprétation de la vérité sans qu'il soit interrompu ou contredit. Au pluralisme des débats contradictoires semble s'opposer l'unilatéralisme partisan de la plaidoirie. Dans l'absolu, il est possible de soutenir qu'elle n'est pas contradictoire puisque par définition, elle exclut la discussion. Mais une telle qualification exige qu'elle soit examinée en tant qu'institution autonome et indépendante, en dehors de son contexte. Or, la plaidoirie est avant tout un exercice pratique qui n'existe pas en dehors de l'instance<sup>350</sup>. Elle

---

<sup>346</sup> Pour les dossiers d'assises, voir les dossiers importants de correctionnel, le temps est révolu où les avocats plaidaient sans connaître leur client, à la manière de René Floriot. Si une telle possibilité existe encore aujourd'hui, elle se limite essentiellement aux procédures d'urgence pour lesquelles le dossier, l'entretien et la plaidoirie sont tous formatés sur les mêmes caractéristiques : rapides, courtes et insuffisantes. Pour le reste des procédures, l'entretien entre l'accusé et son conseil est régulièrement une source d'informations et d'explications inédites qui ne figurent pas au dossier. Aussi, il appartient à l'avocat de tirer le maximum d'éléments favorables à la défense de cette relation de confiance très relative.

<sup>347</sup> « *J'avais rédigé de brèves notes pour la plaidoirie. Je savais qu'à l'ultime moment, après trois jours d'audience, ce seraient d'autres paroles qui jailliraient. Mais il n'était pas inutile de soumettre les arguments à l'épreuve de la plume* ». **BADINTER**, Robert. *L'abolition*. Éd. Fayard, 2001, p.89.

<sup>348</sup> **LOMBARD**, Paul. *Mon intime conviction*. Éd. Robert Laffont, 1977, p.221.

<sup>349</sup> V. **DANET**, Jean. op. cit. pp.165-255.

<sup>350</sup> À l'exception de la conférence du stage et autres concours de plaidoiries.

n'est ni un discours isolé ni un monologue déconnecté de l'audience. Elle est contradictoire par destination. Elle s'inscrit définitivement dans un environnement contradictoire, celui de l'audience. Certes les parties sont successivement "taisantes", mais elles sont présentes. Ensuite, le principe est rigoureusement respecté puisqu'il est demandé à chacune des parties de présenter alternativement leur thèse. Enfin, la plaidoirie se construit et s'élabore sur deux manifestations distinctes du contradictoire : le dossier écrit et les débats<sup>351</sup>.

L'environnement, l'alternance et les fondements de la plaidoirie font d'elle une manifestation très particulière du principe du contradictoire mais une manifestation réellement complémentaire des débats à l'audience. Le caractère absolu démontré par les diverses manifestations du contradictoire pendant l'audience garantit l'exercice des droits de la défense au même titre que le principe de l'égalité des armes, même si ce dernier connaît une application plus disputée.

## B – Un principe de l'égalité des armes relatif

**346.** À l'image du principe du contradictoire, celui de l'égalité des armes connaît également l'apogée de son principe pendant l'audience. La défense comme l'accusation et éventuellement la partie civile participent équitablement aux débats contradictoires et disposent d'un libre temps de parole au cours de leur plaidoirie – ou du réquisitoire – pour défendre leur thèse. Néanmoins le rituel judiciaire qui tend à inférioriser le prévenu – ou l'accusé – démontre certaines limites formelles à l'égard du principe (1) alors qu'il justifie par ailleurs des progrès significatifs sur un plan plus substantiel (2). Quoi qu'il en soit, le caractère relatif du principe n'empêche pas la garantie des droits de la défense.

### 1) Un rituel judiciaire partisan

**347.** Le rituel judiciaire n'est pas neutre dans la mise en scène du jugement de l'accusé<sup>352</sup>. De nombreux éléments présentent intentionnellement la défense dans une position d'infériorité par rapport à l'accusation. Les règles formelles sont davantage orientées pour mettre en scène la culpabilité de l'intéressé que son innocence. Avant même l'ouverture des débats, le rituel judiciaire plaide à charge<sup>353</sup>.

Pour l'accusé, l'entrée dans la salle d'audience s'apparente à un parcours initiatique où le franchissement des différents espaces – la cité, la salle des pas perdus, les portiques de sécurité, les doubles portes et enfin la salle d'audience – exerce « *un effet inhibiteur en induisant une certaine soumission à l'institution [...]. L'espace judiciaire et sa hiérarchisation donnent lieu à une multitude de petites transgressions d'audience qui ont*

<sup>351</sup> Cf. supra.

<sup>352</sup> L'accusé, le prévenu et le contrevenant ont une signification bien spécifique en procédure pénale, cependant, en l'espèce ces trois statuts seront utilisés indistinctement pour représenter en général la défense dans la phase de jugement, et éviter une redondance sémantique.

<sup>353</sup> « *Conçu pour rendre manifeste la présence de Dieu dans les affaires des hommes et faire peser sur eux la supériorité du souverain politique, le procès criminel, instrument de pouvoir, a survécu, malgré la disparition de ses causes et de ses origines, au mépris du droit à des institutions équitables. Qu'elle soit suivie ou pas d'une incarcération, la mise en accusation place la personne poursuivie pour un délit ou pour un crime dans une position d'infériorité dont elle ne se relèvera pas* ». LEVY, Thierry. *Éloge de la barbarie judiciaire*. Éd. Odile Jacob, 2005, p.8.

*pour effet de culpabiliser le prévenu [...]. Pour les prévenus qui comparaissent détenu, la soumission à l'ordre judiciaire a commencé bien avant l'audience. Ils empruntent en effet un chemin réservé qui donne un accès direct des cellules aux salles d'audiences. Le choc du contact avec la foule n'en est que plus grand. Le caractère sordide des geôles dans lesquelles ils attendent, contraste avec le faste de la salle d'audience. À son arrivée dans la salle, il est certes libéré de ses menottes, mais la coercition du cadre prend le relais. Il est dans une situation angoissante qui le prive d'une partie de ses ressources<sup>354</sup> ».*

La disposition des acteurs dans la salle d'audience est symétrique par rapport à l'axe constitué par le président, d'une part, et par la barre, de l'autre. Le greffier et le procureur de la République se trouvent à équidistance des juges et surtout sur le même niveau, contrairement aux avocats situés en contre-bas. La position dominante de l'accusation par rapport à la défense est régulièrement critiquée mais elle n'a jamais été remise en cause par la Chancellerie. Dans un jugement du 4 avril 2001, la 11<sup>e</sup> chambre du Tribunal de Grande Instance de Paris a considéré que « *si le droit au procès équitable posé par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme implique une égalité des armes ceci n'empêche pas une différence entre les parties tant qu'il n'y a pas de déséquilibre dans le traitement qui leur ait fait : la position surélevée du ministère public à l'audience n'est pas révélatrice d'un tel déséquilibre<sup>355</sup> ».*

L'isolement spatial du prévenu se renforce à travers les codes vestimentaires. En revêtant la robe, les magistrats et les avocats deviennent des personnages allégoriques. La personne disparaît derrière la fonction. La robe représente l'ordre social. Elle rassemble tous les acteurs du procès<sup>356</sup>. Elle contraste surtout avec les vêtements civils de l'accusé. Il s'agit souvent d'un costume prêté par l'administration pénitentiaire trop large ou trop étroit dans lequel il n'est pas à l'aise.

Son isolement s'achève enfin avec l'ignorance des règles et des rites qui rythment l'audience. Il ne connaît pas ses interlocuteurs, il ne sait pas s'il faut s'avancer ou rester sur place, s'asseoir ou se lever, intervenir ou s'abstenir de parler et surtout à quel moment et dans quel ordre. L'ignorance de ces conventions et le fait qu'elles ne soient pas explicitement indiquées participent à l'infantilisation du prévenu. Pour Antoine Garapon, l'ensemble de ces éléments contribue à la construction du personnage central du procès : l'accusé. « *En effet, l'existence de cette situation aliénante pour l'accusé, outre la soumission à l'ordre rituel qu'elle obtient, et la culpabilité qu'elle provoque, donne de lui l'image d'un être malhabile, frustré, timide, renfrogné, peu accessible à la parole, primaire, bref, le portrait d'un marginal, d'un accusé tel que le groupe social s'attend à le voir<sup>357</sup> ».*

L'accusé ne contrôle pas l'espace judiciaire, pas plus qu'il ne maîtrise les codes vestimentaires, le temps judiciaire ou les rites de fonctionnement de la juridiction. La présence d'un avocat à ses côtés atténue ses effets d'isolement et de subordination mais la défense dans son ensemble subit la mise en scène d'une stigmatisation. Lorsqu'un homme se

---

<sup>354</sup> GARAPON, Antoine. *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*. Éd. O. Jacob, 1997, p.47-48.

<sup>355</sup> TGI Paris, 11<sup>e</sup> ch., sect. A, 04 avril 2001. D. 2001 IR.1773. De même, il a été jugé que le fait pour un jury d'être disposé aux côtés de l'avocat général ne rompt pas l'égalité des armes entre l'accusation et la défense si la disposition des lieux ne permet pas aux jurés de siéger aux côtés de la Cour. Cass. crim. 18 décembre 1991, n°91-85.965, inédit. V. JEAN-PIERRE, Didier., MELIN-SOUCRAMANIEN, Ferdinand. *Le principe de l'égalité des armes*. Revue de la recherche juridique. Droit prospectif 1993, p.505.

<sup>356</sup> « *La robe autorise l'agressivité, en rappelant au-delà de la discorde l'unité. Le vêtement instaure une unanimité rituelle indispensable au commerce avec la violence. Le costume socialise la violence des porte-parole* ». GARAPON, Antoine. *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*. Éd. O. Jacob, 1997, p.86.

<sup>357</sup> Ibid. Idem. p.109.

retrouve sur le banc des accusés, il est, aux yeux de beaucoup, déjà condamné avant même l'ouverture des débats<sup>358</sup>.

**348.** Les constituants du rituel judiciaire maintiennent la défense dans une situation de subordination pendant toute l'audience. Les éléments initiaux tels que l'espace, le temps, la robe et les conventions, subsistent pendant les débats et un autre apparaît : le lexique juridique. À l'image des premiers, il contribue à déstabiliser l'accusé. Le vocabulaire employé à l'audience discerne explicitement les professionnels des profanes. Les termes juridiques sont très souvent incompréhensibles pour les personnes qui comparaissent devant les tribunaux. L'exemple topique de cette ignorance intervient à l'ouverture des débats devant la Cour d'assises par une question de procédure à laquelle l'accusé doit répondre personnellement *« comme s'il était nécessaire dès le départ de lui rappeler son infériorité, de façon à le décourager de tenir tête pendant la suite des débats. Entendez-vous exercer vous-même votre droit de récusation ou vous en remettez-vous à votre avocat ? L'accusé est perplexe : en effet, dans la plupart des cas, il n'a pas compris la question, mais n'ose pas demander au président de la répéter pour ne pas l'indisposer ; il fait alors mine de réfléchir ou cherche à croiser le regard de son avocat, ce qu'interdit la disposition de la salle d'audience, puisque ce dernier est devant lui, à quelques mètres au-dessous et tourné vers le président<sup>359</sup> »*. L'espace judiciaire combiné à la technicité du langage condamnent généralement l'accusé au silence ou à un bredouillement. Il renvoie l'image d'une personne gauche et hésitante alors que la cause de son comportement est en partie environnementale. De la même manière qu'il ne comprend pas toutes les interrogations qui usent de termes juridiques, il ne maîtrise pas l'exactitude du vocabulaire à l'audience. Ainsi, il arrive régulièrement que le prévenu s'adresse au président en l'interpellant tour à tour *« Votre honneur »* ou *« Maître »*. Le vocabulaire de la justice se situe dans le prolongement de la robe et de l'espace judiciaire, c'est un langage d'initié réservé à ceux qui maîtrisent la *cancella* et portent le costume judiciaire. Il nous faut regretter que *« trop de magistrats partent du postulat que les termes qu'ils emploient sont connus de tous, puisqu'ils leur sont familiers, au lieu de s'en assurer à chaque fois<sup>360</sup> »*.

**349.** La symbolisation de la violence intentionnellement mise en scène dans le procès pénal est issue de notre tradition<sup>361</sup>. L'infériorisation de la défense à laquelle le rituel judiciaire parvient, s'inscrit à la fois dans l'ordre du symbolique, de la morale et du matériel. Elle participe indirectement au phénomène de catharsis qui permet à la violence légitime de s'exprimer dans un exutoire encadré. Elle joue également un rôle dans les fonctions classiques de la peine. La sujétion de la défense au procès constitue les premières manifestations de la fonction rétributive de la peine. Cette mise en scène dramatique du procès avec le public entend par ailleurs détourner le simple citoyen du crime. Elle a une fonction utilitaire de prévention générale ou d'intimidation collective. Par conséquent, elle connaît diverses explications et justifications légitimes. Cependant, il se pose la question de sa compatibilité

<sup>358</sup> **BADINTER**, Robert. *L'exécution*. Éd. Fayard, 1973, p.53.

<sup>359</sup> *« En général, l'avocat interviendra de lui-même, sans consulter son client, et hochera la tête d'un air complice en direction du président pour lui signifier que c'est lui qui exercera le droit de récusation. Ce premier embarras de l'accusé est sans importance pour la suite des débats : cela aura suffi cependant à lui rappeler son ignorance, sa faiblesse et l'épreuve qui l'attend. En revanche président et avocat auront marqué leur pouvoir sur lui »*. **GARAPON**, Antoine. *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*. Éd. O. Jacob, 1997, p.106-107.

<sup>360</sup> Cette remarque juste et pertinente a d'autant plus de poids qu'elle provient d'un magistrat. Ibid. idem. p.108.

<sup>361</sup> Ibid. idem. p.181. Chapitre 8 sur l'archéologie de la scène judiciaire.

avec le principe de l'égalité des armes. Le rituel judiciaire va-t-il jusqu'à inscrire la défense « dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire »<sup>362</sup> ?

À l'évidence, l'analyse séparée des éléments du rituel au regard du principe ne permet pas de justifier un degré d'atteinte suffisant. La surélévation de l'accusation ne constitue pas assurément à elle toute seule un tel déséquilibre. En revanche, l'examen global du rituel à travers le principe de l'égalité des armes n'est pas sans marquer certains déséquilibres entre les parties, constatés par un observateur initié et impartial<sup>363</sup>.

Certes, la présence d'un avocat aux côtés de l'accusé atténue notablement ces déséquilibres. C'est un professionnel du droit qui connaît parfaitement la loi et ses règlements convenus. Il maîtrise parfaitement le vocabulaire juridique. Il lui appartient de préparer son client à l'audience et de l'affranchir si nécessaire des règles non inscrites. Enfin, il relève de ses obligations de suppléer son client lorsqu'il se trouve en difficulté. Le rôle de l'avocat à l'audience est également de porter la voix de son client souvent impressionné à s'expliquer devant un magistrat<sup>364</sup>. Finalement, la présence d'un conseil semble combler les déséquilibres constatés précédemment, au point de reconsidérer le non respect du principe. Mais en théorie uniquement. En effet, dans la réalité judiciaire l'examen est plus nuancé.

Pour commencer, plus de la moitié des personnes qui comparaissent devant les juridictions pénales ne sont ni assistées ni représentées par un avocat. Que ce soit par choix ou obligation financière, l'absence de conseil à l'audience signifie que les déséquilibres issus du rituel ne sont plus compensés. Le rapport de force est par conséquent défavorable à la défense.

Ensuite, dans les hypothèses où l'intéressé est défendu par un professionnel, le temps nécessaire à la préparation d'une audience et le temps de disponibilité de l'avocat sont très rarement en adéquation. S'il dispose de délais plus importants et de rencontres plus fréquentes en matière criminelle, l'exposition au rituel est également plus longue, intense et destructrice qu'en correctionnelle. Les contingences inhérentes à son métier ne lui permettent pas de disposer de suffisamment de temps pour rééquilibrer raisonnablement les inégalités issues du rituel. Enfin, l'avocat n'est pas le seul responsable de la situation. Le rôle que le prévenu est contraint de jouer par le rituel judiciaire varie également en fonction de ses propres caractéristiques sociales, familiales et professionnelles. Son attitude à l'audience, son comportement à la barre, ses capacités intellectuelles lors de l'interrogatoire sont à la fois déterminantes et exogènes au phénomène d'infériorisation du rituel. Seulement, ces éléments se combinent nécessairement à l'audience. Il en résulte soit une opposition qui conduit dans le meilleur des cas à une atténuation, voire à une neutralisation de ses composants, soit à une addition d'éléments négatifs qui accentue le déséquilibre de la défense dans son rapport de force avec l'accusation.

Par conséquent, s'il nous faut reconnaître qu'en théorie le mouvement qui tend à inférioriser la défense à travers le rituel judiciaire respecte néanmoins le principe de l'égalité des armes, en pratique nous constatons que son respect est relatif.

---

<sup>362</sup> CEDH du 27 octobre 1993, Aff. *Dombo beheer c/Pays-Bas*, Série A, n°274, § 33.

<sup>363</sup> Il est important de noter que notre analyse du rituel judiciaire au regard du principe de l'égalité des armes se fonde intentionnellement et quasi exclusivement sur les écrits d'un observateur privilégié et impartial, ceux d'un magistrat du siège. Bien que de nombreux autres auteurs – avocats – relatent également des observations similaires sur l'orientation du rituel, ce choix évite toutes les critiques d'un fondement partisan, d'autant que son ouvrage est reconnu pour considérer la défense pénale comme son impensé.

<sup>364</sup> « Sa présence peut être moralement reconfortante, car il est difficile de s'exprimer devant un juge. Faire valoir des arguments utiles n'est pas toujours à la portée du plaideur, souvent ému, embarrassé, qui oublie ses moyens ». **ROZES**, Simone., **LOMBARD**, Paul. *Le juge et l'avocat. Dialogue sur la justice*. Éd. Robert Laffont, 1992, p.124.

## 2) Une égalité des armes croissante

**350.** Parallèlement aux contingences traditionnelles du rituel judiciaire, le principe de l'égalité des armes connaît des développements substantiels. À l'image du contradictoire, l'audience représente le domaine d'application privilégié où l'égalité des armes s'exprime le plus naturellement et le plus librement possible. Ainsi, il n'est pas surprenant d'apprendre que c'est en matière de voie de recours que la chambre criminelle l'a reconnu pour la première fois dans notre droit interne.

Loin de connaître une intensité comparable à celui du contradictoire, la force de l'égalité des armes s'accroît néanmoins. La garantie des droits de la défense à travers son expansion se vérifie dans l'abstrait comme dans la pratique en raison de l'influence continue de la jurisprudence européenne qui « *a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs* »<sup>365</sup>.

Pour commencer, l'égalité des armes progresse sur des caractéristiques processuelles transversales à la phase de jugement telles que les voies de recours, l'assistance de l'accusé non comparant ou sur la durée excessive des débats. Mais, elle se développe également sur des champs plus limités comme dans la tenue des débats ou le droit d'interroger un témoin. Qu'ils soient substantiels ou accessoires, les progrès de l'égalité des armes interviennent dans notre droit interne par l'intermédiaire de la jurisprudence européenne ou en étant à l'origine de réformes nationales d'importance.

Au terme de ces quelques illustrations non exhaustives, le concept de l'égalité des armes est certes un principe processuel récent mais il n'en demeure pas moins un vecteur de progrès des droits de la défense à l'audience.

**351.** Le principe de l'égalité des armes fait une entrée remarquable dans notre droit positif à travers une banale affaire contraventionnelle<sup>366</sup>. Jusqu'à cet arrêt de principe du 6 mai 1997, la chambre criminelle faisait preuve d'un certain conservatisme à l'égard du droit dérivé de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>367</sup>. De manière générale, elle rejetait toutes les demandes fondées sur le droit conventionnel et spécialement sur le principe de l'égalité des armes en considérant ces derniers compatibles avec notre droit interne. Sinon,

---

<sup>365</sup> CEDH du 17 janvier 1970, Aff. *Delcourt c/France*, Série A, n°11, § 25 ; CEDH du 09 octobre 1979, Aff. *Airey c/Irlande*, Série A, n°32, § 24 ; CEDH du 13 mai 1980, Aff. *Artico c/Italie*, Série A, n°37, § 33 ; CEDH du 19 avril 1994, Aff. *Van de Hurk c/Pays-Bas*, Série A, n°288, § 59 ; CEDH du 28 septembre 2005, Aff. *Virgil Ionescu c/Roumanie*, req. n°53037/99, § 44.

<sup>366</sup> Cass. crim. 06 mai 1997, *Landry*, Bull. crim. n°170 ; Cass. crim. 21 mai 1997, *Mathoulin*, Bull. crim. n°191 ; En l'espèce, un automobiliste fait l'objet d'une contravention de 4<sup>e</sup> classe pour ne pas avoir marqué l'arrêt à un feu de signalisation. Poursuivi devant le tribunal de police, il est renvoyé des fins de la poursuite en raison de la nullité de la citation. Le Procureur général saisit sa juridiction qui le condamne. Le moyen de droit avancé par la défense devant la chambre criminelle est l'incompatibilité de l'article 546 du Code de procédure pénale avec les articles 6 § 1, 2 et 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, notamment avec le principe de l'égalité des armes qui en découle puisque la disposition de droit interne offre une possibilité de voie de recours aux seules autorités du ministère public. V. **GUINCHARD**, Serge., **BUISSON**, Jacques. op. cit. p.354 ; **LASSALLE**, Jean-Yves. *Incompatibilité du dernier alinéa de l'article 546 CPP avec l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme*. JCP 1998, II, 10056, p.654 ; Rev. sc. crim. 1997, p.858, obs. Dintilhac ; D. 1998. 223. note Cerf ; Procédures 1998, Comm. 214, obs. Buisson ; Rev. gén. Proc. 1998, n°109, Obs. Rebut.

<sup>367</sup> V. **JEAN-PIERRE**, Didier., **MELIN-SOUCRAMANIEN**, Ferdinand. *Le principe de l'égalité des armes*. Revue de la recherche juridique. Droit prospectif 1993, pp.504-505.

elle y faisait référence dans son visa de façon implicite<sup>368</sup>. Au surplus, elle limitait son champ d'application aux seules juridictions de jugement<sup>369</sup>. La décision du 6 mai 1997 marque une étape décisive dans la reconnaissance du principe de l'égalité des armes. Pour la première fois, il sert expressément de fondement à un arrêt de cassation de la Cour suprême. Certains n'y verront rien de plus qu'une application conforme de l'article 55 de la Constitution qui fait prévaloir le traité régulièrement ratifié sur la loi française contraire. Or, la chambre criminelle va au-delà de la simple application de la règle de droit<sup>370</sup>. La portée de cet arrêt est à la fois considérable et multidirectionnelle. Non seulement la Cour de cassation reconnaît pour la première fois, l'existence d'un principe de droit conventionnel dérivé mais en plus elle fonde explicitement sa décision dessus en considérant ce dernier supérieur à la loi française contraire. Désormais, le principe de l'égalité des armes est officiellement reconnu, apprécié et appliqué par nos juridictions internes. Il constitue un exemple supplémentaire de l'influence du droit conventionnel sur notre droit pénal positif.

Par ailleurs, en matière de voie de recours, après l'effet protecteur du principe à l'égard des droits de la défense qui conduit *in fine* à l'annulation des décisions fondées sur l'article 546 du Code de procédure pénale, il provoque l'intervention du législateur. La loi du 23 juin 1999 ratifie la jurisprudence de la Cour de cassation et modifie en conséquence l'article susmentionné<sup>371</sup>. Dorénavant, en matière contraventionnelle, les voies de recours de la défense sont semblables à celles du ministère public.

**352.** Cependant, il ne faut pas s'y tromper, le concept d'égalité des armes n'exige nullement la reproduction des droits à l'identique. Elle combat les déséquilibres processuels flagrants à l'image de l'ouverture des voies de recours aux seuls représentants de l'accusation qui place *de facto* la défense « dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire »<sup>372</sup>. Pour preuve, la Cour suprême considère que le délai d'appel plus long au profit du ministère public par rapport aux autres parties ne caractérise pas nécessairement une inégalité des armes<sup>373</sup>. L'égalité des armes ne signifie pas une identité absolue des droits. Elle véhicule seulement l'idée que l'accusé ait les mêmes chances de se défendre, que l'accusation à de démontrer sa culpabilité. Elle profite généralement à la défense du fait de sa position inférieure habituelle dans les rapports de force au sein de notre procédure pénale.

Que faut-il faire lorsque c'est l'accusation qui se trouve dans une situation de net désavantage par rapport à la défense ? Jusqu'à la réforme du 15 juin 2000 qui institue une procédure d'appel sur les arrêts de condamnation rendus par les Cours d'Assises<sup>374</sup>, le ministère public

---

<sup>368</sup> Cass. crim. 24 janvier 1989, pourvoi n°87-90.461, inédit. Dans l'arrêt d'Assemblée plénière du 30 juin 1995 qui consacre l'accès de la procédure au mis en cause, si le principe de l'égalité des armes n'est pas expressément visé, nul doute qu'il n'est pas étranger à ce revirement. V. supra n°36.

<sup>369</sup> Cass. crim. 25 juin 1991, pourvoi n°90-87.515, inédit.

<sup>370</sup> Il existe une différence notable entre la prévalence d'un article de traité dûment ratifié et un principe conventionnel dérivé. Tandis que le premier est expressément inscrit dans le traité, le second est issue d'une interprétation prétorienne d'un article de ce même traité. En reconnaissant la prévalence du second sur la loi du for contraire, la chambre criminelle reconnaît le pouvoir créateur de la Cour européenne des droits de l'homme et intègre dans son droit positif ce nouveau principe.

<sup>371</sup> Loi n° 99-515 du 23 juin 1999.

<sup>372</sup> CEDH du 27 octobre 1993, Aff. *Dombo beheer c/Pays-Bas*, Série A, n°274, § 33.

<sup>373</sup> Cass. crim. 27 juin 2000, Bull. crim. n°243. En l'espèce, le délai d'appel plus long au profit de l'accusation se justifie au regard du nombre d'affaires suivies concomitamment par chaque magistrat du Parquet par rapport à l'unique affaire des parties.

<sup>374</sup> En pratique, avec un taux de condamnation proche des 95 %, l'ouverture des arrêts de cour d'assises aux voies de recours profitent majoritairement à la défense. Le taux d'appel est aux environs de 13,8 % en 2004. Plus qu'une avancée des droits de la défense, il nous faut constater plus certainement une avancée plus prégnante à respecter le concept de procès équitable en droit interne. V. Annuaire statistique de la justice. La Documentation



ne s'est jamais retrouvé dans une telle position. À l'instar de la défense en matière contraventionnelle, l'accusation ne pouvait pas faire appel d'une décision d'acquiescement en matière criminelle. Or, l'égalité des armes est avant tout un principe processuel impartial qui tend à garantir l'équité de la procédure, avant de préserver les droits particuliers de la défense. L'hypothèse inédite d'une accusation en situation d'infériorité a permis de valider toute la portée – souvent ignorée – du principe.

En l'espèce, le législateur a été plus prompt à intervenir que les juridictions internes et européennes à condamner. À l'occasion de la loi du 4 mars 2004 complétant la loi présomption d'innocence, il modifie les voies de recours à l'égard du ministère public afin de respecter l'égalité des armes entre les parties. Pour s'en convaincre, il suffit de lire les travaux parlementaires. Ils ne laissent aucun doute sur le fondement du nouvel article 380-2 du Code de procédure pénale<sup>375</sup>.

**353.** Le principe de l'égalité des armes est également à l'origine d'une réforme d'importance en matière de jugement du prévenu non comparant et non excusé. La Cour européenne des droits de l'homme puis la Cour de cassation et enfin le législateur ont définitivement mis un terme au sens originel de la maxime « *nul ne plaide par procureur* »<sup>376</sup>. Traditionnellement, l'absence non justifiée à l'audience du prévenu – comme de l'accusé – alors qu'il était régulièrement atteint par la citation à comparaître, constituait une faute que la juridiction sanctionnait en jugeant d'une part l'intéressé sans que son avocat puisse intervenir, et en qualifiant d'autre part la décision prise comme "réputée contradictoire". Il en résultait pour le prévenu la fermeture de la voie de l'opposition. Cette position légalement fondée sur des dispositions du Code de procédure pénale n'en demeurait pas moins fort contestable au regard des droits de la défense même si certain<sup>377</sup> la considère au contraire légitime.

La Cour européenne des droits de l'homme est la première à prendre la mesure de l'atteinte aux droits. Certes, dans l'affaire Poitrimol, la Cour estime que « *la comparution d'un prévenu revêt une importance capitale en raison tant du droit de celui-ci à être entendu que de la nécessité de contrôler l'exactitude de ses affirmations et de les confronter avec les dires de la victime, dont il y a lieu de protéger les intérêts, ainsi que des témoins. Dès lors, le législateur doit pouvoir décourager les abstentions injustifiées* »<sup>378</sup>.

Mais dans ses arrêts Lala et Pelladoah, elle précise qu'il est aussi « *d'une importance cruciale pour l'équité du système pénal que l'accusé soit adéquatement défendu tant en première instance qu'en appel, a fortiori lorsque, comme c'est le cas en droit néerlandais, les décisions rendues en appel ne sont pas susceptibles d'opposition* »<sup>379</sup>. Elle ajoute que « *le fait que l'accusé, bien que dûment assigné, ne comparaisse pas ne saurait – même à défaut d'excuse – justifier qu'il soit privé du droit à l'assistance d'un défenseur que lui reconnaît l'article 6 § 3 de la Convention* ». Pour la Cour, « *il appartient aux juridictions d'assurer le caractère équitable d'un procès et de veiller par conséquent à ce qu'un avocat qui, à l'évidence y*

---

française, Éd. 2006, p.125 ; DANET, Jean. *Le procès d'assises après la réforme. Regard sur les pratiques*. Rev. sc. crim. 2003, pp.301-302.

<sup>375</sup> Compte rendu Assemblée nationale, 2<sup>e</sup> séance du 22 janvier 2002. Julien Dray, rapporteur de la loi précise que « *l'article 5 rétablit " l'équilibre des armes " pour l'appel des décisions de Cours d'Assises* ».

<sup>376</sup> À l'origine, la règle selon laquelle « nul ne plaide par procureur » signifiait que toute personne figurant comme partie dans une procédure devait comparaître en personne, « hormis le Roi ». Aujourd'hui, elle indique qu'un plaideur ne peut pas faire intervenir un prête-nom à sa place.

<sup>377</sup> PRADEL, Jean. *Le prévenu cité à personne, absent et non excusé, a droit néanmoins à l'assistance d'un avocat*. D. 2001, jurisp. p.1899.

<sup>378</sup> CEDH du 23 novembre 1993, Aff. Poitrimol c/France, Série A, n°277, § 35.

<sup>379</sup> CEDH du 22 septembre 1994, Aff. Lala c/Pays-Bas, Série A, n°297A, § 33 ; CEDH du 22 septembre 1994, Aff. Pelladoah c/Pays-Bas, Série A, n°297B, § 40.

*assiste pour défendre son client en l'absence de celui-ci, se voie donner l'occasion de le faire* »<sup>380</sup>. L'équité et plus spécialement l'égalité des armes, exige qu'il soit laissé à l'accusé une possibilité de se faire assister par un professionnel du droit. À défaut, le jugement de l'affaire en l'absence de la défense placerait cette dernière dans « *une situation de net désavantage par rapport à l'accusation* ».

Ainsi, à plusieurs reprises<sup>381</sup>, elle rappelle la primauté du droit fondamental à être effectivement défendu, même à défaut d'excuse. Elle réaffirme que les exigences légitimes de la présence de l'accusé aux débats doivent être assurées par d'autres moyens que « *la perte du droit à la défense* ». Après une certaine résistance de la chambre criminelle<sup>382</sup>, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a tiré les conséquences des condamnations de la juridiction européenne. Dans un arrêt Dentico<sup>383</sup>, elle a effectué un revirement total de sa jurisprudence en adoptant la position européenne.

Suite à cet arrêt, le droit d'être assisté et représenté par un avocat devant les juridictions répressives est devenu un droit absolu. Et à l'occasion de la loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, le législateur a définitivement intégré dans notre droit positif ces avancées dans les procédures correctionnelles, criminelles et par contumace<sup>384</sup>. L'influence de la Cour de Strasbourg sur notre droit interne ne fait aucun doute. Et la présence effective d'un avocat à l'audience en l'absence non excusée de son client constitue une manifestation concrète des progrès du principe de l'égalité des armes.

**354.** Rôle d'audience surchargé, logistique judiciaire insuffisante ou débats d'audience plus long que prévus. Aujourd'hui, parmi les grandes et moyennes juridictions, il n'est plus rare de terminer une session d'assises, une audience correctionnelle, et parfois celle du Tribunal pour enfants à une heure extrêmement tardive<sup>385</sup>. Cette réalité judiciaire, instiguée par le principe de continuité des débats, s'est développée malgré – ou à cause – des pouvoirs discrétionnaires des présidents en matière de police de l'audience et de direction des débats<sup>386</sup>. Aussi la question d'une atteinte au principe de l'égalité des armes s'est progressivement imposée à mesure que la durée des débats s'étendait jusqu'à très tard dans la nuit. En effet, lorsqu'ils s'ouvrent dès 9 heures le matin pour les assises et 14 heures de l'après-midi pour la correctionnelle, passé 22 heures du soir, il est permis de s'interroger sur la qualité de la justice rendue par l'ensemble des acteurs.

Saisie du problème, dans un arrêt du 12 janvier 2000, la chambre criminelle s'est tout d'abord retranchée derrière l'appréciation souveraine du président de la Cour d'assises pour ne pas

---

<sup>380</sup> *ibid.* idem. § 34 et § 41.

<sup>381</sup> CEDH du 21 janvier 1999, Aff. *Van Geyseghem c/Belgique*, req. n°26103/95, § 34 ; CEDH du 23 mai 2000, Aff. *Van Pelt c/France*, req. n°31070/96, § 66-67 ; CEDH du 16 mai 2002, Aff. *Karatas et Sari c/France*, req. n°38396/97, §§52-60. La position de la cour s'applique également à l'égard de la procédure par contumace devant la Cour d'Assises. CEDH du 13 février 2001, Aff. *Krombach c. France*, req. n°29731/96, § 89.

<sup>382</sup> Cass. crim. 7 juin 1994, Cass. crim. 09 janvier 1995, Bull. crim. n°7 ; Cass. crim. 21 juin 1995, Bull. crim. n°230 ; Cass. crim. 06 mai 1997, Bull. crim. n°176.

<sup>383</sup> Cass. ass. plén. 02 mars 2001, Bull. crim. n°56 ; JCP 2001, II, 10611, note Lievremont, p.1948 ; Gaz. Pal. du 20-22 mai 2001, note Monnet, p.20 ; Procédures 2001, Comm. n°134, obs. J. Buisson.

<sup>384</sup> Art. 270, 379-2 à 379-5, 410, 410-1, 411, 498, 498-1 et 568 du C. pr. pén.

<sup>385</sup> Inconcevable pour le justiciable profane, ce phénomène est relativement courant dans les grandes juridictions au point que les praticiens parlent "d'audience nocturne". Dans son documentaire cinématographique intitulé : « 10<sup>e</sup> chambre, instants d'audience », Raymond Depardon rend parfaitement compte de cette réalité judiciaire méconnue en précisant l'heure des débats.

<sup>386</sup> Art. 309, 401 et 535 du C. pr. pén. Selon une jurisprudence bien établie, le président dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour fixer le moment et la durée des suspensions nécessaires au repos de ceux qui prennent part aux débats. Cass. crim. 14 décembre 1977, Bull. crim. n°397.

avoir à trancher sur la pertinence du moyen tiré de l'égalité des armes. Puis elle a choisi d'éluder le problème en affirmant « *qu'en l'absence de réclamation de sa part au cours des débats quant aux suspensions, le demandeur n'était fondé à se plaindre d'une violation de ses droits*<sup>387</sup> ». Ainsi, conformément à son attitude de réserve traditionnelle à l'égard du droit conventionnel, plutôt que de saisir l'occasion qui lui était donnée d'enrichir notre procédure pénale en en comblant les lacunes, la Cour de cassation a une fois de plus adopté « *une position défensive, pour ne pas dire étroitement nationaliste, exposant la France à une nouvelle condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme*<sup>388</sup> ».

En effet, dans un arrêt Makhfi du 19 octobre 2004<sup>389</sup>, les juges européens, à l'unanimité, considèrent avec bon sens que 17 heures de débats devant la Cour d'assises constituent une violation des droits de la défense et de l'égalité des armes. La durée excessive des débats et l'état de fatigue des participants au procès ne sont pas une nouveauté au plan européen. Dès 1988, la Cour estimait à raison que l'état de fatigue physique et morale de l'accusé portait atteinte aux droits de la défense<sup>390</sup>. Outre le rappel de sa jurisprudence, ce nouvel arrêt est l'occasion pour la Cour d'ajouter une nouvelle considération à prendre en compte à l'égard du principe.

Il prescrit d'une part qu'il est « *primordial que, non seulement les accusés, mais également leurs défenseurs, puissent suivre les débats, répondre aux questions et plaider en n'étant pas dans un état de fatigue excessif* » ; et d'autre part qu'il « *est crucial que les juges et jurés bénéficient de leurs pleines capacités de concentration et d'attention pour suivre les débats et pouvoir rendre un jugement éclairé* ».

Au-delà de cette double rupture du principe de l'égalité des armes fondée sur l'état de faiblesse de la défense d'une part, ainsi que sur celui de la Cour et des jurés d'autre part, la Cour de Strasbourg pose explicitement les éléments – non exhaustifs – qu'il faut désormais prendre en considération lorsqu'il s'agira d'apprécier la nature équitable du procès au regard du principe de l'égalité des armes par rapport à sa durée effective.

Au surplus, s'il était besoin de souligner l'importance de cet arrêt au sein de notre droit positif, la concision des termes, l'affirmation des principes et l'utilisation d'adjectifs tels que « primordial » et « crucial » confèrent sans nul doute à cette décision toute la portée d'un arrêt de principe qu'il n'est plus possible d'ignorer<sup>391</sup>.

**355.** Enfin, le principe de l'égalité des armes progresse également au sein de la phase de jugement de façon plus ponctuelle, sur des éléments du procès plus limité, en collaboration avec le principe du contradictoire.

La loi du 15 juin 2000 a permis une amélioration du contradictoire en matière de tenue des débats<sup>392</sup> avec la nouvelle rédaction de l'article 312 du Code de procédure pénale, qui autorise

<sup>387</sup> Cass. crim. 31 mai 2000, pourvoi n°99-86719, inédit.

<sup>388</sup> **ROETS**, Damien. *Voyage au bout de la nuit judiciaire : audiences pénales nocturnes et droit à un procès équitable*. D. 2005, p.472.

<sup>389</sup> CEDH du 19 octobre 2004, Aff. *Makhfi c/France*, req. n°59335/00.

<sup>390</sup> « *Les accusés devaient ainsi se trouver dans un état de moindre résistance physique et morale quand ils abordèrent une audience très importante pour eux, vu la gravité des infractions qu'on leur reprochait et des peines qu'ils encouraient. Malgré l'assistance de leurs conseils, qui eurent l'occasion de présenter leurs arguments, ce fait par lui-même regrettable affaiblit sans nul doute leur position à un moment crucial où ils avaient besoin de tous leurs moyens pour se défendre, et notamment pour affronter leur interrogatoire de l'ouverture de l'audience et pour se concerter efficacement avec leurs avocats* ». CEDH du 6 décembre 1988, Aff. *Barberà, Messegué et Jabardo c/Espagne*, Série A, n°146, § 70.

<sup>391</sup> Se dirige-t-on vers un droit à la suspension des audiences pénales nocturnes ? V. **ROETS**, Damien. op. cit. p.475.

<sup>392</sup> Cf. supra n°340.

les parties à interroger directement les personnes. Incidemment, elle a contribué au progrès de l'égalité des armes. Auparavant il existait une différence de traitement entre le magistrat du parquet et les avocats des parties. Alors qu'en correctionnelle le ministère public pouvait, au contraire de la partie civile et de la défense, poser directement ses questions au prévenu, aux assises, il devait, en théorie en tout cas, passer par l'intermédiaire du président<sup>393</sup>. Il en résultait une différence de traitement, certes insusceptible de former une inégalité des armes tellement l'atteinte était minime, mais la disparité était une nouvelle fois en faveur de l'accusation. Avec la réforme, le législateur a non seulement dynamisé les débats mais il a également harmonisé la formalisation des questions à l'ensemble des acteurs quelle que soit la juridiction saisie<sup>394</sup>.

Le droit de discuter l'ensemble des preuves soumis à une juridiction, et plus particulièrement le droit d'interroger un témoin commande nécessairement la mise en œuvre du principe du contradictoire<sup>395</sup> mais également celui de l'égalité des armes. En effet, à travers la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, progressivement intégrée et adoptée par nos juridictions internes, on constate que la Cour de Strasbourg effectue, avant de se déterminer sur la nature équitable du procès, deux analyses successives distinctes, en confrontant tout d'abord les faits de l'espèce au principe du contradictoire avant de les analyser sous l'angle de l'égalité des armes. La problématique qui se pose à la juridiction est de savoir si l'on peut condamner une personne sur des éléments de preuve jamais débattus avec la défense ? Toute la hiérarchie des normes nationales, européennes et internationales exige par principe la contradiction dans la preuve. Elle figure parmi les principes d'un État de Droit. Cependant, la pratique confronte parfois les magistrats à des exceptions<sup>396</sup>. Aussi, une première lecture de la procédure et des faits est réalisée au visa du principe du contradictoire. Est-ce que l'ensemble des éléments probatoires apportés par le ministère public ont fait l'objet d'une discussion avec la défense et la partie civile ? En y répondant, la Cour détermine la nature contradictoire ou non de la procédure. La réponse est nécessairement et strictement manichéenne. Dans l'hypothèse où une preuve au réquisitoire n'a pas fait l'objet d'un débat, la procédure n'est pas contradictoire<sup>397</sup> mais est-elle pour autant inéquitable ? La Cour effectue alors une seconde analyse de la procédure sous l'angle du principe de l'égalité des armes. Elle va s'interroger sur le fait de savoir si la non contradiction d'une preuve constitue ou non un déséquilibre tel qu'il place la défense dans « *une situation de net désavantage par rapport à l'accusation* ».

Pour ce faire, elle apprécie l'égalité des armes selon deux critères cumulatifs : « *l'article 6 n'autorise les juridictions à fonder une condamnation sur les dépositions d'un témoin à charge que l' « accusé » ou son conseil n'ont pu interroger à aucun stade de la procédure (mutatis mutandis, les autres moyens de preuve) que dans les limites suivantes : premièrement, lorsque le défaut de confrontation est dû à l'impossibilité de localiser le témoin, il doit être établi que les autorités compétentes ont activement recherché celui-ci aux*

---

<sup>393</sup> V. DANET, Jean. *Le procès d'assises après la réforme. Regard sur les pratiques*. Rev. sc. crim. 2003, p.291.

<sup>394</sup> Art. 312, 442-1 et 454 du C. pr. pén.

<sup>395</sup> Cf. supra n°341.

<sup>396</sup> « *Les éléments de preuve doivent en principe être produits devant l'accusé en audience publique, en vue d'un débat contradictoire. Ce principe ne va pas sans exceptions, mais on ne saurait les accepter que sous réserve des droits de la défense ; en règle générale, les paragraphes 1 et 3 d) de l'article 6 commandent d'accorder à l'accusé une occasion adéquate et suffisante de contester un témoignage à charge et d'en interroger l'auteur, au moment de la déposition ou plus tard* ». CEDH du 15 juin 1992, Aff. *Lüdi c/Suisse*, Série A, n°238, § 49 ; CEDH du 23 avril 1997, Aff. *Van Mechelen et autres c/Pays-Bas*, req. n°21363/93, § 51.

<sup>397</sup> Dans l'hypothèse où les preuves, et notamment les témoignages ont fait l'objet d'un débat contradictoire, l'analyse au regard de l'égalité des armes est superfétatoire. Sur le plan de la procédure, en matière probatoire, la contradiction entraîne systématiquement le respect du principe de l'égalité des armes.

*fins de permettre cette confrontation ; deuxièmement, le témoignage litigieux ne peut en tout état de cause constituer le seul élément<sup>398</sup> sur lequel repose la condamnation<sup>399</sup> ».*

Sous l'influence du droit conventionnel dérivé, nos juridictions internes ont intégré progressivement les exigences européennes. La chambre criminelle a énoncé comme principe que lorsqu'ils sont légalement requis et que les témoins à charge n'ont jamais été confrontés à l'accusé au cours de la procédure, les juges du fond doivent ordonner l'audition contradictoire, sauf impossibilité dont il leur appartient de préciser la cause ou lorsqu'il apparaît que l'audition ne serait d'aucun intérêt pour la manifestation de la vérité<sup>400</sup>.

La Cour de cassation s'est manifestement appropriée cette double analyse. La formulation plus générale des critères employés pouvait laisser craindre une marge d'appréciation plus grande, une interprétation de l'égalité des armes moins rigoureuse que celle réalisée au niveau européen. Mais deux récents arrêts du 26 septembre 2001 et du 3 décembre 2003 utilisent une terminologie pour les critères plus conforme à l'esprit de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>401</sup>.

Qu'ils s'agissent de caractéristiques processuelles transversales à la phase de jugement ou d'éléments plus ponctuels à la procédure, il convient de retenir les progrès significatifs du principe de l'égalité des armes.

Sur l'ensemble du procès pénal, la phase de jugement connaît l'apogée des principes du contradictoire et de l'égalité des armes. Le degré d'intensité du contradictoire approche de sa valeur absolue tandis que celle de l'égalité des armes est toujours relative, mais en nette progression. Il n'en demeure pas moins que la combinaison de leurs forces permet d'accéder à une densité de protection des droits de la défense encore jamais atteinte dans les autres instants du procès pénal.

## CONCLUSION CHAPITRE 2

---

<sup>398</sup> « La Cour a clairement établi que les droits de la défense sont restreints de manière incompatible avec les garanties de l'article 6 lorsqu'une condamnation se fonde, uniquement ou dans une mesure déterminante, sur les dépositions d'un témoin que ni au stade de l'instruction ni pendant les débats l'accusé n'a eu la possibilité d'interroger ou faire interroger ». CEDH du 19 décembre 1990, Aff. *Delta* c/France, Série A, n°191-A, § 37 ; CEDH du 20 septembre 1993, Aff. *Saïdi* c/France, Série A, n°261-C, §§43-44 ; CEDH du 14 décembre 1999, Aff. *A.M.* c/Italie, req. n° 37019/97, § 25 ; CEDH du 20 décembre 2001, Aff. *P.S.* c/Allemagne, req. n° 33900/96, §§22-24. V. **RENUCCI**, Jean-François. *Les témoins anonymes et la convention européenne des droits de l'homme*. Rev. pénit. 1998, p.3.

<sup>399</sup> CEDH du 14 juin 2005, Aff. *Mayali* c/France, req. n°69116/01, § 32.

<sup>400</sup> Cass. crim. 22 mars 1989, Bull. crim. n°144 ; Cass. crim. 25 mai 1992 ; Cass. crim. 4 juin 1998, Bull. crim. n°184. Ibidem. § 23.

<sup>401</sup> « le prévenu ne peut invoquer une violation de l'article 6 § 3 d) de la Convention en cas de refus d'audition du témoin par la Cour d'appel dès lors que la déclaration de culpabilité ne repose pas exclusivement sur ce témoignage ». Ibidem. § 24.

**356.** L'intensité des principes et la force des droits évoluent considérablement selon le circuit judiciaire emprunté par le mis en cause. Toutefois, cette évolution n'est ni anarchique ni autonome. Elle s'inscrit dans la chronologie du procès.

Dans les circuits rapides, simplifiés et dans une moindre mesure dans les procédures nécessitant une mise en état préalable, la circonscription des principes détermine la force des droits.

Dans les nouvelles procédures dites "rapides", le législateur entend privilégier la célérité et la simplicité du traitement des affaires pénales. Forcément, il en résulte un contingentement dans l'application des principes et dans la garantie des droits de la défense. Si la contraction des délais d'action et la suppression des "temps morts" dans les procédures d'urgence ne sont pas significativement contraignantes à l'égard du principe du contradictoire, elles le sont en revanche, en ce qui concerne le principe de l'égalité des armes.

De même, les procédures simplifiées portent *a priori* atteinte aux principes et aux droits puisqu'elles poursuivent comme but le contournement du procès, phase d'exercice privilégiée des premiers à garantir les seconds. En réalité, l'élément fondamental des procédures simplifiées n'est pas tant une absence apparente des principes et des droits que l'opportunité conservée par le mis en cause de les exercer, s'il s'avère en avoir besoin.

En parallèle, dans les procédures nécessitant une mise en état préalable, la garantie des droits de la défense connaît une croissance significative par l'intensification – tant horizontale que verticale – corrélative des principes. L'instruction est passée d'un état où l'initiative des parties était totalement proscrite et leurs défenses mal assurées vers une prise en considération de leurs demandes d'acte et le respect de leurs droits.

**357.** Dans les modes de comparution traditionnels, l'application des principes garantit l'exercice des droits de la défense dans la phase de jugement.

Entre la gestion policière du dossier et son audiencement devant la juridiction compétente, le prévenu dispose de délais pour préparer sa défense. Au cours de cette phase d'administration judiciaire, l'exercice des principes assure au prévenu qui le souhaite, une défense instruite et efficace. Pour la première fois, la consultation du dossier par l'avocat ou le prévenu lui-même permet d'ouvrir la discussion sur la réalité des faits et des preuves constatées en toute connaissance de cause. Par ailleurs, la gratuité – sous condition de ressources – associée à l'exercice de certains droits confèrent à la défense une efficience très pragmatique.

Enfin, à l'ouverture des débats jusqu'à la clôture de l'audience, les garanties et la densité des droits de la défense sont à leurs apogées en raison d'une application inconditionnelle du principe du contradictoire, et d'un exercice relatif du principe de l'égalité des armes dont les progrès récents sont déterminants.

## CONCLUSION TITRE 2

**358.** Au terme de l'analyse systémique de notre triptyque, il est permis d'affirmer un double renforcement des droits de la défense.

À l'instar du maillage des droits de la défense dans la Convention européenne des droits de l'homme qui se ressert graduellement afin de protéger l'accusé à mesure que l'accusation s'intensifie, dans notre système pénal interne les droits de la défense se renforcent progressivement en fonction des étapes judiciaires successives. De la phase d'enquête à la

phase de jugement en passant par la mise en état, les droits de la défense connaissent une progression par phase, à l'image des principes du contradictoire et de l'égalité des armes. Durant toute la phase d'enquête policière, les carences des principes coexistent avec des manifestations ponctuelles des droits. Totalement ignorés au moment de l'arrestation, ils s'appliquent en périphérie de la garde à vue. En revanche, au cours du traitement judiciaire, le développement croissant des principes garantit une progression proportionnelle des droits. Devant le magistrat du ministère public, le mis en cause a le choix entre plusieurs circuits judiciaires. À l'instruction, il bénéficie de plusieurs statuts protecteurs en fonction du degré d'accusation. Enfin, à l'audience, il jouit de l'ensemble des droits de la défense du fait de l'exercice concret des principes.

**359.** Par ailleurs, les droits de la défense ne profitent pas uniquement d'un renforcement par phases, ils connaissent également un renforcement vertical en raison de l'intensification générale des principes. En effet, pour chacune des étapes judiciaires, on observe un développement des principes du contradictoire et de l'égalité des armes. Depuis les lois de 1993 et 2000, le gardé à vue est informé des faits qui lui sont reprochés, il peut consulter un médecin, un avocat et téléphoner à un membre de sa famille. À l'instruction, il a accès au dossier pénal. Il peut solliciter auprès du magistrat instructeur des actes d'investigation. Pour préparer sa défense, tout accusé, même le plus démunis financièrement, a droit à un avocat. Depuis 2001, tout accusé a droit à une copie gratuite de son dossier. Avec la loi du 9 mars 2004, le droit d'être assisté et représenté par un avocat devant les juridictions répressives est devenu un droit absolu.

En conclusion, les droits de la défense se renforcent dans un sens horizontal d'une part et vertical d'autre part.

## CONCLUSION PARTIE 1

**360.** Les droits de la défense ne font pas que se renforcer dans le procès pénal, ils se développent également en dehors de ce dernier, ou de manière horizontale. Avec l'apparition de nouveaux champs judiciaires tels que les modes alternatifs aux poursuites en amont du procès, et l'exécution des peines en aval, on y observe l'émergence de droits de la défense. L'extension de la matière pénale à chacune des extrémités du procès est créatrice d'enjeux inédits pour lesquels la mise en œuvre des droits de la défense par les principes du contradictoire et de l'égalité des armes est incontournable. En matière de procédures alternatives aux poursuites comme en matière d'exécution des peines, l'examen des droits à travers les principes révèle des difficultés de mise en œuvre des premiers du fait des carences des seconds. Néanmoins, l'émergence des droits difficilement garantie par une densité insuffisante des principes est confirmée.

Ainsi, au terme de notre analyse des droits de la défense sous l'angle spécifique des principes, il est démontré qu'ils se développent longitudinalement, verticalement, et horizontalement.

**361.** Il est ensuite établi que le développement des principes est inégal dans notre système pénal. Le contradictoire est un principe traditionnel et fondamental de notre procédure, inscrit dans la loi, qui possède une capacité d'adaptation supérieure à celle de l'égalité des armes. En effet, cette dernière est un principe nouveau, récemment pris en compte par notre droit positif, et issue du droit conventionnel dérivé.

S'ils sont autonomes l'un vis-à-vis de l'autre, il n'en demeure pas moins qu'ils entretiennent une relation plus complémentaire que concurrente. Par ailleurs, s'ils progressent différemment, la croissance du premier n'entrave nullement le développement du second ; bien au contraire, il l'entraîne.

**362.** Il est enfin prouvé que les principes du contradictoire et de l'égalité des armes garantissent l'exercice des droits de la défense. Ils en constituent les outils d'application. En effet, un droit de la défense est inexistant sans le principe du contradictoire pour en informer le principal intéressé. En outre, la connaissance d'un droit n'est d'aucune utilité pratique si l'égalité des armes ne donne pas les moyens à la personne de l'exercer.

Par conséquent, il existe au sein de notre système pénal, un sous-système, dans lequel la densité de mise en œuvre des droits de la défense dépend de l'intensité d'application des principes du contradictoire et de l'égalité des armes.



## **DEUXIEME PARTIE**

### **LES PRINCIPES,**

### **FONDEMENTS DE NOUVEAUX DROITS**

**363.** La démarche systémique est une technique d'analyse qui permet d'appréhender des phénomènes particulièrement complexes de façon globale, en tenant compte de nombreuses variables pour parvenir à en déterminer les principales caractéristiques et les différents mouvements. En l'espèce, l'analyse systémique des droits de la défense sous l'angle des principes du contradictoire et de l'égalité des armes a permis de caractériser la nature et la qualité du mouvement principal qui transcende ce triptyque. D'un point de vue structurel, les principes garantissent l'exercice des droits. Ils constituent des outils processuels indispensables à leurs mises en œuvre. Ensuite, l'architecture systémique de ce triptyque se confond parfaitement avec ses fonctionnalités : la force des droits varie en fonction de l'intensité des principes. Dans la pratique, l'efficacité d'un droit dépend, premièrement, de sa connaissance par le principal intéressé, et deuxièmement, des capacités matérielles, financières et intellectuelles mis à sa disposition pour l'exercer. Enfin, lorsque cette analyse s'applique à l'ensemble du processus pénal, on constate non seulement un progrès longitudinal des droits de la défense mais également, vertical<sup>1</sup> et horizontal<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Par vertical, nous entendons traiter de la qualité et de la densité des droits.

<sup>2</sup> Par horizontal, nous entendons traiter de la quantité et de l'étendue des droits.

**364.** Cependant, l'approche systémique ne fait pas uniquement apparaître un phénomène de protection des droits au moyen des principes, elle en détermine également les limites et dessine un potentiel de renouvellement des droits. Ainsi, en marge du mouvement principal qui caractérise le système des droits de la défense figure deux mouvements incidents : le premier définit les limites du système proprement dit, tandis que le second précise que les principes sont à l'origine d'un renouveau des droits.

Les progrès des droits et des principes en matière pénale ne sont pas exclusifs de contraintes. L'analyse systémique permet d'appréhender les contingences tant internes qu'externes que le système des droits de la défense est amené à rencontrer. Ces dernières sont inhérentes ou indépendantes, relatives ou absolues, et essentielles ou accessoires. L'analyse fixe des limites qui ne peuvent être ignorées. Toutefois, elles ne remettent nullement en cause le mouvement principal de progrès des droits de la défense.

L'approche systémique permet par ailleurs de renverser le lien qui unit les droits et les principes : la relation des uns avec les autres n'est pas une simple relation de causalité à sens unique. Elle offre une vision plus complexe des relations internes au triptyque. Parallèlement au mouvement principal, elle démontre de manière incidente l'influence des principes sur le fondement des droits de la défense. L'appréhension du triptyque n'est pas seulement systémique, elle est également dynamique : les droits sont garantis par des principes qui fondent à leur tour des droits. Cette dualité relationnelle explique que l'accroissement des principes soit à l'origine de l'émergence des droits aux antipodes du procès, et du renforcement des droits pendant le procès. Elle permet en outre d'entrevoir que, dans l'avenir, les progrès indiscutables et légitimes des principes – en se basant sur l'influence croissante du droit conventionnel dérivé sur notre droit positif – serviront de fondements à l'achèvement des droits d'une part, et à la création de droits de la défense inédits, d'autre part.

**365.** Par conséquent, l'analyse systémique détermine à la fois l'appréhension du triptyque de la relativité des principes à la circonscription des droits (TITRE 1), et de la force des principes à l'intensité des droits (TITRE 2).

## **TITRE 1 De la relativité des principes à la circonscription des droits**

**366.** Les droits de la défense et les principes du contradictoire et de l'égalité progressent au sein de notre système pénal. Ils connaissent néanmoins des limites.

L'appréhension des contraintes du système des droits de la défense à ce stade de notre démonstration peut surprendre. Pourtant, elle s'explique et se justifie parfaitement.

Nonobstant leurs valeurs essentielles, les droits et les principes n'ont pas une capacité d'extension et de densité infinies. Au sein du procès pénal, les droits de la défense protègent des intérêts particuliers qu'il est important de préserver tout autant que ceux des parties civiles ou que l'intérêt général de la société. Les droits et les principes se développent dans un champ d'opinions partisans, aux enjeux partagés, et aux intérêts opposés. Inévitablement, dans un domaine circonscrit tel que le procès pénal, les droits des uns constituent les limites aux droits des autres. Il n'existe pas d'espace non investi. Toutefois, la détermination des contraintes n'est pas immuable. Comme se plaît à le rappeler le doyen Carbonnier<sup>1</sup>, la procédure pénale est avant tout un droit mouvant. Aussi, les limites d'aujourd'hui ne sont plus celles d'hier, et pas encore celles de demain. La frontière des droits de la défense est une ligne fluctuante. Elle dépend de l'intensité des droits et des principes dans le rapport de force avec l'accusation et la partie civile.

Dans la première partie, la nature et les caractéristiques de développement des droits et des principes sont démontrés par l'analyse croisée de leurs structures et leurs modes de fonctionnement. Elles le sont en outre, avec l'examen des limites. En effet, l'étude des contraintes confirme le mouvement principal qui transcende notre triptyque. Le recul des limites est inversement proportionnel aux développements des droits et des principes. En ce sens, les développements sur les contingences des droits s'inscrivent parfaitement dans notre démonstration.

Par ailleurs, l'appréciation des différentes limites, leurs natures, leurs intensités, et leurs capacités d'expansion renseignent sur leurs valeurs intrinsèques et leurs degrés d'amplitude. Si les limites fluctuent, il existe un seuil en deçà duquel il est impossible de descendre. Et chaque limite possède son propre seuil. Par conséquent, l'analyse des variations d'amplitude des contraintes du système permet de déterminer le seuil de chacune. En ce sens, l'étude des limites justifie son placement en amont du développement des nouveaux droits puisqu'elle détermine leurs marges de manœuvre.

Ainsi, l'examen des limites des droits et des principes s'intercalent naturellement – et intentionnellement – entre notre première partie qui démontre les progrès réalisés et le quatrième titre qui présente ceux qui restent à accomplir.

---

<sup>1</sup> CARBONNIER, Jean. *Droit civil : Introduction*. Coll. Thémis. Droit privé, 27<sup>e</sup> Éd. PUF, 2002.

**367.** La politique criminelle conjoncturelle, les médias, les traditions, le rituel et les procédures judiciaires, les nullités, le secret de l'instruction, la garde à vue, la discipline pénitentiaire, la protection des victimes et de l'ordre public, constituent une partie des contraintes du système des droits de la défense. Elles sont nombreuses, disparates, et d'importance variable. L'étude de ces limites justifierait à elles seules des travaux de recherche distincts. Néanmoins, à défaut d'investigations exhaustives, nous privilégierons l'analyse des principales limites.

L'examen des limites d'un système et de ses sous-systèmes se révèle particulièrement complexe et difficile d'appréhension. Quelle est la grille de lecture la plus pertinente ? La nature, l'intensité, la capacité d'expansion, la valeur intrinsèque ou le degré d'amplitude ? Conformément à notre choix de méthode d'analyse initiale, l'approche systémique propose une lecture croisée des limites. La première consiste à les appréhender selon leur nature pendant que la seconde les apprécie en fonction de leur densité.

La dichotomie en fonction de la nature des limites permet de distinguer les contraintes endogènes, des contraintes exogènes au triptyque. Les premières sont propres au système ou à ses composants. Les schèmes des droits de la défense, des principes du contradictoire et de l'égalité des armes connaissent des contraintes conceptuelles. Elles sont inhérentes à son fonctionnement, à leurs relations internes. En revanche, les secondes lui sont extérieures. Les procédures d'exception, les exigences légitimes de la répression ou les conflits d'intérêts avec les médias représentent des contraintes contextuelles. Elles sont liées à son environnement, aux échanges avec l'extérieur.

**368.** En conséquence, il convient d'examiner les limites infra systémiques des droits de la défense (CHAPITRE 1), avant de s'intéresser aux limites extra systémiques (CHAPITRE 2).

## CHAPITRE 1 – Les limites infra systémiques

*« Dans le monde des hommes, les arguments de droit n'ont de poids que dans la mesure où les adversaires en présence disposent de moyens équivalents et que, si tel n'est pas le cas, les plus forts tirent tout le parti possible de leur puissance tandis que les plus faibles n'ont qu'à s'incliner »<sup>1</sup>.*

**369.** Au sein de notre système pénal, les droits de la défense connaissent de nombreuses modalités d'application garanties par l'exercice des principes. Cependant, cette mise en œuvre demeure relative. L'intensité des droits et des principes varie tout au long du procès pénal en fonction des multiples contraintes qu'ils rencontrent.

Chacune de ces limites sont spécifiques, autonomes et distinctes les unes des autres. Elles ne poursuivent pas toutes les mêmes buts, même si elles partagent certains éléments en commun. Elles n'ont pas toutes la même densité ni la même amplitude. Certaines sont relatives, d'autres sont absolues. Elles disposent d'une capacité de variation plus ou moins grande. C'est la raison pour laquelle l'étude comparée de ces différentes limites avec notre triptyque est fondamentale pour connaître la marge de progression de ce dernier.

En conservant une approche systémique à l'égard de cette étude comparée, nous proposons de nous intéresser aux limites infra systémique, à savoir celles issues du fonctionnement propre à notre triptyque. Elles sont de deux genres. Les premières sont conceptuelles, elles s'intéressent aux contingences internes des principes. Les secondes sont fonctionnelles, elles visent à circonscrire le respect des droits et des principes.

**370.** Les premières limites du triptyque sont celles de ses éléments constitutifs. Les droits de la défense<sup>2</sup> et les principes du contradictoire et de l'égalité des armes ne sont pas sans limite en théorie, et encore moins en pratique. Chaque sous-système connaît des modalités d'application différentes et une étendue d'exercice distincte de son voisin. Il en résulte des contraintes conceptuelles propres à chacun. Néanmoins, ils connaissent également de nombreuses interactions qui tendent à repousser les limites de chacun. La combinaison des principes offre aux droits de la défense des garanties concurrentes, mais également complémentaires.

Les limites fonctionnelles opèrent directement sur l'efficacité du système. L'application des droits est garantie par l'exercice des principes, mais ce triptyque fonctionne grâce à la sanction des atteintes de chacun de ses éléments. La nature et les effets des sanctions déterminent la portée réelle des droits et des principes. Ils varient de la simple recommandation à la règle de droit impérative suivant le degré de certitude de la sanction. Aussi, l'étude du régime des nullités confirme-t-elle la densité des limites par ses nombreuses déficiences. Mais, elle présente également un potentiel de développement des droits et des principes.

---

<sup>1</sup> Thucydide, La Guerre du Péloponnèse, Gallimard, Paris, 1964, tome 2, p.120.

<sup>2</sup> Cf. supra introduction.

**371.** Il convient donc, d'examiner dans un premier temps la portée des sous-systèmes (SECTION 1), avant d'apprécier dans un second temps la portée des sanctions (SECTION 2).

## **Section 1 – La portée des sous-systèmes**

**372.** Afin de déterminer le potentiel de développement de notre triptyque, l'analyse systémique nous incite à en étudier les limites internes. Les sous-systèmes du contradictoire et l'égalité des armes sont des principes distincts et autonomes. Leurs degrés de densité, de développement et d'intégration au sein de notre procédure pénale, comparée aux limites théoriques de chaque principe, sont riches d'enseignements. Ils informent des progrès réalisés et surtout de la capacité d'essor individuel de chaque sous-système.

Cela étant, l'étude des limites internes de notre triptyque ne se résume pas seulement à une analyse de ses composants, elle prend également en compte les relations entre les sous-systèmes. Il s'agit plus exactement d'apprécier la nature des relations entre le principe du contradictoire et celui de l'égalité des armes. Ils ont en commun de nombreux éléments qui pourraient laisser croire à une identité des concepts ou du moins, à une inclusion de l'un dans l'autre. En réalité, ils sont bien distincts l'un de l'autre. Leur démarche à l'égard des droits ainsi que leur finalité permet de les différencier. Cet intérêt commun à garantir les droits selon des approches différentes démontre que leurs relations sont davantage complémentaires que concurrentielles.

**373.** Nous allons donc nous intéresser à la nature des concepts (§1) avant d'examiner plus longuement la nature de leurs relations (§2).

### **§ 1 – Nature des concepts**

**374.** Le développement des principes du contradictoire et de l'égalité des armes n'est ni infini, ni absolu. Chacun d'eux connaît des limites conceptuelles propres qu'il ne peut dépasser. Il est intéressant de noter que l'écart entre les limites théoriques et pratiques est plus ou moins important entre les principes. Il résulte de l'étude des limites conceptuelles que le principe de l'égalité des armes laisse entrevoir des développements plus importants (B) que le principe du contradictoire. Néanmoins, la capacité d'essor de ce dernier demeure attractive (A).

#### **A – Un contradictoire attractif**

**375.** Le principe du contradictoire est un concept dont les éléments constitutifs, le champ d'application et les limites sont parfaitement définis (1). Les avancées des droits de la défense résultent en partie des progrès d'intégration de ce principe au sein de notre procédure. Il n'a cessé de repousser les limites des droits de la défense (2). La force du principe auprès des droits est telle que sa marge de progression en est d'autant limitée (3).

1) *Des caractéristiques définies*

**376.** Le principe du contradictoire est un concept défini. Sa structure s'articule autour du droit de savoir et du droit de discuter. La détermination de ses constituants fixe son champ d'application et établit ses limites.

La doctrine et les praticiens sont relativement en accord sur la définition du principe du contradictoire<sup>3</sup>. Il se définit comme « *le droit pour toute partie au procès d'avoir, d'une manière permanente, une parfaite connaissance des prétentions de son adversaire, de son argumentation, des moyens qu'il invoque, des preuves qu'il apporte. Elle doit être, à tout moment en mesure de connaître et de discuter librement tous les éléments du débat que fournit l'autre partie* »<sup>4</sup>. Cette définition civile du principe est proche de son homologue pénaliste<sup>5</sup>. Elle rejoint celle du droit positif. À défaut de définition formelle du principe par la chambre criminelle de la Cour de cassation, la Cour européenne des droits de l'homme précise que le droit à une procédure contradictoire au sens de l'article 6 § 1, tel qu'interprété par la jurisprudence, « *implique en principe la faculté pour les parties à un procès, civil ou pénal, de prendre connaissance de toutes pièces ou observations présentées au juge, en vue d'influencer sa décision et de la discuter* »<sup>6</sup>.

Au terme de l'examen analytique de ces définitions, le principe du contradictoire se compose « *d'un certain droit de savoir et d'un certain droit de discuter* »<sup>7</sup>. Par analogie avec la controverse sur la détermination de l'objet en droit civil, le droit de savoir n'est pas déterminé, cependant, il reste déterminable. Le droit de connaître est une abstraction générale qui tend à l'infini, à l'imprécision. Toutefois, dans le cadre du principe du contradictoire, en matière pénale, il est contingenté à la procédure judiciaire : le droit à une parfaite connaissance de tout élément ayant un rapport avec l'affaire se limite en fait, aux droits de l'intéressé, et à toutes les pièces constitutives du dossier pénal, telles que les accusations affirmées, les moyens invoqués ou les preuves apportées par le ministère public et/ou la partie civile. Il prend la forme d'une notification des droits en garde à vue ou devant le juge d'instruction. Il peut se traduire par l'information de la qualification pénale, ou des preuves retenues par la police, et le juge. Il peut encore se matérialiser par la consultation d'un avocat ou par l'accès à la procédure. Les modalités de ce droit sont nombreuses, mais elles restent strictement circonscrites au dossier, aux personnes et aux faits de l'espèce. Sous réserve des contraintes inhérentes à son champ d'application, le principe du contradictoire conduit à l'omniscience des parties.

**377.** La seconde composante du principe est le droit de discuter. Il se matérialise par des échanges d'argumentation écrits et des discussions verbales entre les différents intervenants à la procédure. Discuter, c'est avant tout écouter les arguments, les prétentions ou les points de vue de l'autre. En ce sens, il se confond avec le droit de savoir. La structure bicéphale du principe du contradictoire repose donc en partie sur un socle commun. Mais le

<sup>3</sup> Cf. supra introduction.

<sup>4</sup> VINCENT, Jean., GUINCHARD, Serge. *Procédure civile*. 22<sup>e</sup> Éd. Dalloz, 1991, n°393.

<sup>5</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. *Rapport sur la mise en état des affaires pénales*. Commission justice pénale et droit de l'homme, La documentation française, 1991 ; BOULOC, Bernard., LEVASSEUR, Georges., STEFANI, Gaston. *Procédure pénale*. Précis Dalloz, 18<sup>e</sup> Éd. 2001, n°32 ; 94 ; 114 ; 152 ; 646 ; 818 ; 845 ; 858 ; 873 ; 934 ; 967. GUINCHARD, Serge. BUISSON, Jacques. *Procédure pénale*. Litec, 2005, p.353 et s. ; 1065. CONTE, Philippe., MAISTRE du CHAMBON, Patrick. *Procédure pénale*. 4<sup>e</sup> Éd. Armand Colin, 2002, n° 18 ; 28 ; 31 ; 63 ; 70 ; 507 ; 517 ; 619

<sup>6</sup> CEDH du 20 février 1996, Aff. *Lobo Machado* c/Espagne, req. n°15764/89, § 93 ; CEDH du 27 mars 1998, Aff. *J.J* c/Pays-Bas, req. n°21351/93, § 43.

<sup>7</sup> ASCENSI, Lionel. *Du principe de la contradiction*. Thèse Paris I, Panthéon-Sorbonne, 2005, pp.96-107.

droit de discuter se distingue de son homologue en alternant successivement les phases d'écoute et les phases d'argumentation. Le droit de répondre est un corollaire de la discussion. Après l'écoute, la partie a également la possibilité de faire valoir ses arguments et ses prétentions. L'écoute silencieuse des arguments de la partie adverse n'est pas seulement une règle de bonne conduite à des fins de clarté des débats, elle est surtout essentielle au contenu de la réponse apportée. Chaque partie est amenée à prendre en compte les arguments de l'autre dans le but de s'en servir pour fonder sa propre démonstration, ou au contraire, afin de les contredire, de les démanteler pour mieux imposer les siens.

Le parangon de cette discussion se manifeste essentiellement pendant l'audience, lors des débats contradictoires<sup>8</sup>, ou au cours des plaidoiries et du réquisitoire. En revanche, il est plus difficile d'accorder le terme de discussion aux auditions qui ont lieu devant le juge d'instruction<sup>9</sup>, et encore moins à celles qui se déroulent en garde à vue<sup>10</sup>. Le droit de discuter s'exprime aussi selon des modalités écrites, à l'issue de la phase policière avec l'accès à la procédure lors de la saisine de la juridiction – d'instruction ou de jugement – compétente.

En tenant compte de ces limites d'application internes, le droit de discuter permet à l'intéressé de faire entendre ses arguments.

À partir des limites intrinsèques aux éléments constitutifs du principe du contradictoire, on peut mesurer l'avancée des droits de la défense.

## 2) *Des limites atteintes*

**378.** L'étude du contradictoire dans la mise en œuvre des droits de la défense permet de constater un rattrapage des limites pratiques du principe sur ses limites théoriques. Comme tout concept, le principe du contradictoire connaît des limites irréfragables, des limites au-delà desquelles les schèmes qui le compose ne sont plus concernés. Il s'agit des limites conceptuelles ou théoriques du principe. Elles s'apprécient à partir de sa définition, de sa structure et de ses éléments constitutifs. Nonobstant l'intérêt intellectuel de les connaître, elles déterminent le champ d'application théorique du concept, son étendue maximale. De cette délimitation abstraite, il ressort une appréciation paradoxale. Ce concept est à la fois important et restreint. Il est important en raison de son caractère d'exercice transversal à la matière juridique en général, et à la matière pénale en particulier. Le principe du contradictoire connaît de nombreuses modalités d'application dans le procès, ainsi que hors du procès<sup>11</sup>. En ce qui concerne plus spécialement la matière pénale, il transcende successivement toutes les phases de la procédure pénale, de l'arrestation à l'aménagement des peines. Mais il est aussi restreint, de par ses éléments constitutifs. Le principe du contradictoire se limite aux droits de savoir et de discuter.

L'appréhension des limites théoriques du principe du contradictoire permet de visualiser son champ d'application. Il autorise surtout la comparaison avec les limites réelles de ce dernier.

---

<sup>8</sup> V. sur la notion de "débats judiciaires utiles", **CADIET**, Loïc. *Construire ensemble des débats utiles*. in Mélanges Jean Buffet, la procédure en tous ses états. Ed. Petites affiches, 2004, p.99.

<sup>9</sup> Devant le juge d'instruction, la présence d'un avocat et l'absence de contraintes – par rapport à la garde à vue – tendent vers un équilibre des forces en présence qui octroie aux échanges une plus grande légitimité. Si l'interrogatoire du mis en examen conserve comme caractère l'unilatéralité de la discussion, il lui permet de s'expliquer sur les faits qui lui sont reprochés en toute connaissance de cause puisqu'il a la possibilité d'avoir accès au dossier, et donc aux arguments de l'accusation, avant son audition.

<sup>10</sup> L'interrogatoire reste une forme très particulière du contradictoire avec pour principales caractéristiques l'unilatéralité de l'échange et un rapport de force déséquilibré. Cf. supra n°254 et s.

<sup>11</sup> V. **ASCENSI**, Lionel. *Du principe de la contradiction*. Thèse Paris I, Panthéon-Sorbonne, 2005.



**379.** Dans la pratique, les limites du principe du contradictoire sont encore en deçà de ce qu'elles peuvent prétendre en théorie. Cela étant, l'écart entre les deux s'amenuise.

Les limites réelles du contradictoire se sont étendues conjointement aux avancées – verticales et horizontales – du principe. Pendant longtemps, le contradictoire s'est strictement cantonné à la phase de jugement du procès pénal. Il s'est progressivement ouvert à la phase d'instruction, puis à la phase d'enquête<sup>12</sup>. Dernièrement, il a investi de nouveaux champs judiciaires en amont du procès avec les procédures alternatives aux poursuites, ainsi qu'en aval avec l'exécution des peines<sup>13</sup>. Sur un plan strictement horizontal, les limites réelles rejoignent quasiment les limites théoriques du principe. Désormais, il n'existe plus au sein du procès – dans son acceptation large – de champs d'application exempts de ce principe. Toutefois, le propos doit être nuancé. Toutes les phases du procès pénal ne connaissent pas, à l'image de la phase de jugement, une application continue et homogène du principe en leur sein. Pour preuve, dans la phase d'enquête, le principe s'applique exclusivement en dehors des interrogatoires qui ponctuent la garde à vue<sup>14</sup>. En outre, le fait de connaître une ou plusieurs modalités d'exercice à toutes les phases de la chaîne pénale ne signifie pas pour autant qu'il soit exempt d'insuffisances, sinon de carences.

Aussi, aux lacunes horizontales faut-il ajouter des déficiences verticales. En effet, l'appréhension du principe à travers ses limites ne se réduit pas au seul aspect quantitatif, il s'apprécie également sous un angle qualitatif. De ce point de vue, les limites réelles du principe n'atteignent pas encore ses limites théoriques, même s'il faut reconnaître des avancées significatives.

En matière d'enquête, de procédures alternatives aux poursuites, d'exécution des peines et dans une moindre mesure, à l'instruction, le degré d'intensité du principe n'atteint pas ses limites conceptuelles. Cet écart entre les limites varie dans le temps et en fonction des matières. Toutefois, il tend à se réduire. Parallèlement aux expansions horizontales du principe, ce dernier s'est également densifié<sup>15</sup>. L'accès au dossier pénal, auparavant réservé au seul conseil, est dorénavant ouvert au mis en cause. De même, la copie du dossier, autrefois payante, est aujourd'hui gratuite<sup>16</sup>. Désormais, le mis en examen peut poser des questions et solliciter des actes d'investigation devant le juge d'instruction<sup>17</sup>. Enfin, au moment de l'audience, les avocats sont autorisés à interroger directement la partie adverse ou les témoins<sup>18</sup>. Avant la loi du 15 juin 2000, ils devaient passer par l'intermédiaire du président de la juridiction pour poser une question. Ainsi, les progrès du principe tendent à rapprocher les limites réelles des limites théoriques.

Cet écart plus ou moins conséquent selon la phase de la procédure pénale examinée détermine en outre la marge de progression du principe.

### *3) Une marge de progression limitée*

---

<sup>12</sup> Cf. Partie I, Titre 2, Chapitre 1.

<sup>13</sup> Cf. Partie I, Titre 1, Chapitre 2.

<sup>14</sup> Cf. supra n°254 et s.

<sup>15</sup> Cf. supra n°327 et s.

<sup>16</sup> Art. 114 du C. pr. pén.

<sup>17</sup> Art. 82-1 et 114 du C. pr. pén.

<sup>18</sup> Art. 312 du C. pr. pén.

**380.** Le principe du contradictoire connaît une marge de progression limitée. Par l'emploi de ce terme, nous souhaitons essentiellement distinguer la marge de progression du contradictoire de celle de l'égalité des armes. Il ne faut surtout pas se méprendre, le contradictoire a encore de nombreuses possibilités de densification et d'expansion<sup>19</sup> avant d'atteindre ses limites théoriques, mais en comparaison de l'égalité des armes<sup>20</sup>, il nous faut reconnaître que sa marge de progression est moindre.

Elle est caractérisée comme telle à un double titre. Tout d'abord, le principe du contradictoire fait preuve d'une intégration bien supérieure à celle de l'égalité des armes au sein de notre système pénal. Ses nombreuses manifestations tout au long de la procédure nous permettent de le considérer comme un principe intégré au processus judiciaire. Les nombreux arrêts émanant des juridictions nationales et européennes confirment sa prévalence sur l'autre principe. Traditionnellement, il est reconnu, comme un principe directeur du procès. Pour toutes ses raisons, le contradictoire apparaît comme un principe à la fois plus présent, plus respecté et intégré que l'égalité des armes. Par conséquent, il est logique qu'il possède une marge de progression plus limitée.

Par ailleurs, sa définition relativement précise délimite un champ d'application, à la fois étendu – parce que transversal à la procédure pénale – et restreint – aux éléments qui le composent –. La circonscription du concept de contradictoire à travers ses limites – réelles et théoriques – permet d'établir sa marge de progression, et celle-ci apparaîtra toujours limitée par rapport à une égalité des armes aux limites plutôt imprécises.

**381.** L'analyse des limites du contradictoire au sein de notre procédure pénale confirme la prévalence d'application de ce principe sur l'égalité des armes établie dans notre première partie. Un concept circonscrit, une définition claire, des limites connues, le contradictoire bénéficie d'une reconnaissance proportionnelle à son intégration au système pénal. Par conséquent, au regard de cette " maturité processuelle ", il est juste et normal que sa marge de progression soit en deçà de celle de l'égalité des armes, un principe encore jeune, aux limites élargies et à l'intégration plus difficile, mais qui fait de celui-ci un principe particulièrement attrayant.

## **B – Une égalité des armes particulièrement attrayante**

**382.** L'égalité des armes est un concept dont les éléments constitutifs sont larges, avec un champ d'application étendu et dont les limites sont relativement floues (1). L'essor du principe de l'égalité des armes au sein du système pénal a contribué à l'accroissement des droits de la défense. Néanmoins, rares sont les procédures où il atteint ses limites (2). Malgré tout, l'égalité des armes reste le principe le plus prometteur en raison de son importante marge de progression (3).

### *1) Des caractéristiques larges*

**383.** Le principe de l'égalité des armes est un concept large de par ses éléments constitutifs, son champ d'application et ses limites.

---

<sup>19</sup> Cf. Titre 2.

<sup>20</sup> Cf. infra n°382.

L'égalité des armes est une création prétorienne issue des besoins de la pratique. Plus exactement, c'est la Commission européenne des droits de l'homme qui y fait référence pour la première fois dans une décision *Szwabowicz* du 30 juin 1959<sup>21</sup>. Elle déduit son principe de la notion d'équité, inscrite à l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme. En 1968, la Cour européenne des droits de l'homme emploie pour la première fois le concept anglo-saxon « *d'equality of arms* »<sup>22</sup> avant de se l'approprier définitivement. Depuis, elle considère que « *l'égalité des armes requiert que chaque partie se voie offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire* »<sup>23</sup>.

Contrairement au principe du contradictoire, en matière d'égalité des armes, les auteurs ne se sont pas risqués à proposer une autre définition du principe que celle retenue par les juges européens. La méconnaissance du principe en est certainement pour partie responsable, mais il est plus vraisemblable que ses origines prétoriennes, sa complexité et les difficultés d'abstractions inhérentes à son appréhension expliquent la rareté des analyses doctrinales à ce sujet<sup>24</sup>. Quoi qu'il en soit, cette définition présente un subtil mélange d'abstraction et de pragmatisme.

**384.** Dans la première partie de la définition, il est prescrit un droit absolu, celui de présenter sa cause : « *chaque partie doit se voir offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause* ». Le principe ne tolère aucune exception. La définition ne signifie pas que chaque partie doit exercer ce droit, elle impose seulement une possibilité de l'exercer. Elle laisse donc chaque partie entièrement libre de présenter ou non sa cause. Au caractère absolu de ce droit, il faut y ajouter sa nature abstraite et particulièrement large en raison de l'emploi du terme « *cause* ». Dans le cadre de l'égalité des armes, l'expression juridique « *cause* » peut se vulgariser par le vocable « *affaire* ». En réalité, il s'agit d'offrir la possibilité de présenter tout élément de fait ou de droit en relation avec la procédure. La traduction française du terme anglais « *case* » confirme cette appréciation<sup>25</sup>.

Le concept de cause est extrêmement large, il regroupe les prétentions, les arguments, les preuves, les points de vues et les moyens de défense<sup>26</sup>. Ainsi, il ressort de la première partie de la définition, une abstraction générale qui, à l'instar du principe du contradictoire, peut se synthétiser par « *un droit de présenter sa cause* ».

Plus pragmatique, la seconde partie de la définition de l'égalité des armes détermine le mode de fonctionnement à suivre. Le droit de présenter sa cause ne s'exerce pas dans n'importe

<sup>21</sup> « *Toute partie à une action doit avoir une possibilité raisonnable d'exposer sa cause au tribunal dans des conditions qui ne la désavantagent pas d'une manière appréciable par rapport à la partie adverse* ». Rapport de la Commission du 30 juin 1959, n° 434/58, Annuaire II, p.535 ; Cf. supra introduction.

<sup>22</sup> CEDH du 27 juin 1968 Aff. *Neumeister c/Autriche*, Série A, n°8, § 22.

<sup>23</sup> « *The Court agrees with the Commission that as regards litigation involving opposing private interests, "equality of arms" implies that each party must be afforded a reasonable opportunity to present his case — including his evidence — under conditions that do not place him at a substantial disadvantage vis-à-vis his opponent* ». CEDH du 27 octobre 1993, Aff. *Dombo beheer c/Pays-Bas*, Série A, n°274, § 33.

<sup>24</sup> Ils ont traité le principe de l'égalité des armes en tant que concept autonome, mais plus généralement en relation avec d'autres concepts proches. La majorité des auteurs ne traite pas directement de ce principe. Ils préfèrent son hyperonyme, l'équité. V. JEAN-PIERRE, Didier., MELIN-SOUCRAMANIEN, Ferdinand. *Le principe de l'égalité des armes*. Revue de la recherche juridique. Droit prospectif 1993, p.489 ; GUINCHARD, Serge., BUISSON, Jacques. *Procédure pénale*. Éd. Litec, 2005, p.350 et s.

<sup>25</sup> Le terme « *case* » en anglais signifie littéralement « *cas* ». Comme en français, son sens varie en fonction du contexte dans lequel il est employé. En l'espèce, la cause traduit assez bien la pensée anglaise qui exprime l'idée de litige ou de l'affaire qui oppose les parties.

<sup>26</sup> Cette liste regroupe les principaux éléments qu'il est possible d'intégrer au concept général de cause, mais elle ne prétend pas à l'exhaustivité.

quelles conditions. Il s'applique « *dans des conditions qui ne la [la partie] placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire* ». Il s'agit d'examiner et de comparer, dans les faits et dans les droits, les conditions de présentation de la cause de chaque partie afin d'en apprécier l'équité. L'accusation bénéficie-t-elle de pouvoirs d'investigation nettement supérieurs à ceux de la défense ? Jouit-elle de prérogatives en matière de voie de recours ou d'audition des témoins par rapport à la partie civile et la défense ? Toutes les questions processuelles ayant trait aux rapports de force entre l'accusation et la défense sont susceptibles de faire l'objet d'une appréciation qualitative. Et le principe de l'égalité des armes a en charge de déterminer s'il existe ou non un « juste équilibre » – *a fair balance* – entre les parties. Pour ce faire, il suffit de comparer les droits, les obligations, les restrictions, les moyens utilisés, leurs champs d'application et leurs portées pour chacune des parties à l'égard de l'élément de la procédure pénale que l'on souhaite analyser. L'examen permet de révéler si le rapport de force entre les parties est équilibré comme l'exige le principe. C'est également le sens des travaux des auteurs spécialistes de la jurisprudence européenne qui considèrent que « *le principe de l'égalité des armes impose seulement de traiter les parties de façon égalitaire sans que l'une ne puisse revendiquer un droit dont l'autre n'a pas bénéficié* »<sup>27</sup>.

Outre son champ d'application large, l'exploitation du principe exige également l'examen de nombreux éléments.

## 2) *Des limites rarement atteintes*

**385.** Le principe de l'égalité des armes atteint rarement ses limites théoriques au sein du procès pénal, néanmoins, il connaît, à un degré moindre, le même phénomène de rattrapage que le principe du contradictoire.

Les limites théoriques qui entourent le principe de l'égalité des armes sont à l'image de son champ d'application et de ses caractéristiques, larges et étendues. Les limites du principe sont celles du procès pénal, en ce qui nous concerne puisqu'il s'applique également à la matière civile. Il connaît donc les mêmes limites structurelles que le principe du contradictoire, à savoir, de la phase d'arrestation à l'aménagement de la peine. Seulement, le droit de présenter sa cause recouvre des domaines plus importants et indéfinis que le droit d'informer et de discuter. À l'image de ces derniers, le premier transcende toute la procédure pénale de part en part. Toutefois, son faisceau d'actions reste nettement plus large. Dans l'enceinte du procès pénal, les limites structurelles internes de l'égalité des armes sont plus étendues que celles du contradictoire. En conséquence, la comparaison structurelle entre les principes permet de donner une explication au fait que l'égalité des armes atteigne rarement ses limites théoriques. Elles sont plus lointaines que celles du contradictoire.

Ensuite, l'intégration du principe au sein de notre procédure pénale est à un stade moins avancé que celle du contradictoire. L'égalité des armes est un principe nouveau fondé sur la notion anglo-saxonne de "*fair hearing*", concept familier au système de *Common law*, qui était encore ignoré de notre système pénal en 1997<sup>28</sup>. La contemporanéité de l'égalité des armes au sein des institutions européennes ainsi que sa récente reconnaissance par les juridictions internes justifient en partie le décalage d'assimilation. Contrairement au principe

---

<sup>27</sup> SUDRE, Frédéric., MARGUENAUD, Jean-Pierre., ANDRIANTSIMBAZOVINA, Joël., et al. *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*. Coll. Thémis, Éd. PUF, 2004, p.235.

<sup>28</sup> Cass. crim. 6 mai 1997, Landry, Bull. crim. n°170 ; idem Cass. crim. 21 mai 1997, Mathoulin, Bull. crim. n°191 ; Cf. supra n°351.

du contradictoire, l'égalité des armes ne bénéficie pas d'une expérience d'exercice qui se déroule sur plusieurs siècles. Bien que le contradictoire ne soit pas un critère constitutif du système inquisitorial, il reste consubstantiel à la phase de jugement. À l'opposé, le principe de l'égalité des armes doit lutter contre une tradition inquisitoriale générale de déséquilibres à l'encontre de la défense.

Enfin, sur le plan de l'analyse fonctionnelle, l'égalité des armes se révèle plus complexe et difficile d'application que le contradictoire. Elle nécessite la mise en place d'un système de comparaison de données fondé sur le principe coût/avantage afin de déterminer la nature – équilibrée ou non – et la densité de la situation. L'exigence d'équilibre au sein du principe est directement issue de sa parenté avec la notion d'équité dont la racine latine *aequitas* désigne l'égalité, l'équilibre, l'esprit de justice, dérivé de *aequus* qui signifie égal, dans le sens d'impartial<sup>29</sup>. Cependant l'équilibre doit bien être distingué de l'égalité. Deux éléments égaux sont forcément équilibrés. Mais l'inverse est inexact. Le principe de l'égalité des armes ne recherche nullement l'égalité parfaite et symétrique entre les parties. Elle a une ambition bien moindre qui nécessite tout autant d'efforts. Il s'agit de lutter contre les déséquilibres flagrants au sein du procès pénal. Les parties sont trop différentes les unes des autres pour qu'une simple égalité formelle puisse corriger les inégalités équitablement. Elles n'ont pas les mêmes fonctions, la même nature et ne poursuivent pas les mêmes buts. Confondre une égalité formelle entre les parties avec le principe de l'égalité des armes ne ferait que déplacer le problème sur le plan des inégalités réelles.

La complexité, la jeunesse et l'étendue du principe expliquent que ses limites théoriques ne soient que trop rarement atteintes dans la réalité. Néanmoins, l'égalité des armes ne cesse de progresser.

**386.** L'égalité des armes connaît, dans une moindre mesure, le même phénomène de rattrapage des limites réelles du principe sur ses limites théoriques que le principe du contradictoire. En dépit des dimensions de ces dernières, le développement – vertical et horizontal – du principe repousse inéluctablement les premières vers les secondes.

Pour illustrer notre propos, la liberté de choix laissée au prévenu d'être ou non assisté par un avocat tout au long de la procédure, est une manifestation parmi d'autres des avancées de l'égalité des armes. En tant que professionnel du droit, il est un gage d'équilibre dans les rapports de force avec les magistrats professionnels. Traditionnellement confiné à la phase d'audience et aux interrogatoires de première comparution devant le juge d'instruction, le droit à un avocat s'est progressivement exporté vers l'ensemble des phases du procès pénal. Ainsi, l'application concrète du principe approche les limites structurelles théoriques. Seules les exclusions systématiques de l'avocat<sup>30</sup> pendant les interrogatoires de garde à vue, ainsi que durant l'information du procès disciplinaire, privent l'égalité des armes de les atteindre.

En ce qui concerne les limites fonctionnelles telles que les conditions de fonctionnement ou les moyens de financement, en l'espèce, elles ont été atteintes. Pour satisfaire aux exigences pratiques de la Cour européenne des droits de l'homme selon lesquelles « *la Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs* »<sup>31</sup>, la mise en place d'un système de permanence d'avocats associé à un mode de financement, a rendu de fait le droit à un avocat effectif.

<sup>29</sup> « C'est davantage la racine *aequus*, l'idée d'équilibre qu'il faut retenir pour comprendre ce que peut représenter aujourd'hui un procès équitable ». GUINCHARD, Serge. *Le procès équitable : garantie formelle ou droit substantiel ?* in Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard FARJAT, Éd. Frison-Roche, 1999, p.139.

<sup>30</sup> Cf. supra n°129 ; 135 et 255 et s.

<sup>31</sup> CEDH du 09 octobre 1979, Aff. *Airey c/Irlande*, Série A, n°32, § 24.

Le principe de l'égalité des armes approche plus qu'il n'atteint ses limites<sup>32</sup>, mais quoi qu'il en soit, ses progrès tendent également à combler l'écart entre ses limites théoriques et réelles.

### *3) Une marge de progression importante*

**387.** Si l'écart tend à se réduire, il n'en demeure pas moins que l'égalité des armes dispose toujours d'une marge de progression importante.

D'un côté, elle se définit à travers des caractéristiques générales et un domaine d'application étendu. D'un autre côté, elle connaît des difficultés à s'intégrer en raison de la nature inquisitoriale du système pénal qui prescrit par tradition un rapport de force entre l'accusation et la défense, toujours défavorable à cette dernière.

Du fait de cette confrontation, il résulte pour le principe une marge de progression importante en comparaison de celle du contradictoire<sup>33</sup>.

En conséquence, l'étude des limites des principes démontre que le développement du contradictoire et de l'égalité des armes n'est ni infini, ni absolu. À l'image de tous les concepts ou systèmes, ils connaissent leurs propres limites internes. Toutefois, la comparaison entre l'exercice réel des principes et leurs limites conceptuelles prouve qu'il existe encore de nombreuses possibilités de développement.

Auparavant, il nous faut tout de même nous intéresser aux relations infra systémiques.

## **§ 2 – Nature des relations**

**388.** Quel type de relation le principe du contradictoire et l'égalité des armes entretiennent-ils ? Issus tous deux du concept plus général de l'équité, ils connaissent le même champ d'application et la même relation privilégiée avec les droits de la défense. Cependant, ils n'ont ni la démarche, ni la finalité de leur objet en commun.

À la lumière de notre droit positif, les principes se révèlent à la fois autonomes (A) et complémentaires (B).

### **A – Des principes autonomes**

**389.** La nature des relations entre les principes est une interrogation récente que certains auteurs ont entrepris d'analyser. Le principe du contradictoire recouvre-t-il le principe de l'égalité des armes ? L'inclut-il ? Ou les deux principes sont-ils autonomes (2) ? À l'image de la jurisprudence, la doctrine est partagée sur la nature de cette relation (1).

#### *1) Une doctrine partagée*

---

<sup>32</sup> Le principe de l'égalité des armes approche plus qu'il n'atteint ses limites notamment en fonction des phases judiciaires au sein desquelles il s'applique. Au cours de l'information et à l'audience, il s'exerce et tend à atteindre ses limites. En revanche, lors de l'enquête ou au sein du procès disciplinaire, le déséquilibre traditionnel instauré par le rapport de force empêche son exercice, et par conséquent d'atteindre ses limites.

<sup>33</sup> Cf. supra n°380.

**390.** Le clivage qui s'est établi au sein du droit processuel général<sup>34</sup> se retrouve également en procédure pénale. La doctrine se divise entre les partisans de l'intégration du contradictoire dans l'égalité des armes, et leurs opposants qui considèrent les principes autonomes.

Pour être exhaustif sur cette interrogation contemporaine<sup>35</sup>, une minorité d'auteurs embarrassée tend à confondre les principes<sup>36</sup>, tandis qu'une autre partie tout autant déçue ne procède pas au rapprochement de ces deux notions<sup>37</sup>.

À notre connaissance, ni les juges du fond, ni les juges du droit n'ont eu l'opportunité de s'interroger sur la nature de cette relation. Seuls les magistrats européens se sont prononcés à diverses occasions, tantôt dans le sens de l'intégration, tantôt dans le sens de la séparation. Le droit conventionnel dérivé constitue donc notre unique source de renseignements, cependant elle n'est pas exempte d'une certaine confusion.

Les partisans de l'intégration considèrent le principe du contradictoire comme un élément de la notion plus large d'égalité des armes. Pour messieurs Guinchard et Buisson, « *si le contradictoire n'est pas expressément indiqué dans l'article 6, il se déduit nécessairement de l'égalité des armes, laquelle est comprise dans la racine "equus" de l'équité, de l'équilibre* »<sup>38</sup>. Pour justifier cette affirmation, ils se fondent sur la jurisprudence *Brandstetter* rendue le 28 août 1991 par la Cour européenne des droits de l'homme. Dans cet arrêt, les juges européens énoncent que : « *le principe de l'égalité des armes constitue un élément de la notion plus large de procès équitable, qui englobe aussi le droit fondamental au caractère contradictoire de la procédure pénale* »<sup>39</sup>.

Tout l'enjeu, le sens et la portée de cette affirmation dépendent du sujet auquel on rattache le pronom relatif « qui ». « *En réalité, ni la version française, ni la version anglaise de la décision, ne permettent de déterminer à quelle notion se rapporte ce pronom relatif : au principe de l'égalité des armes ou au procès équitable. Grammaticalement, les deux interprétations de cette solution sont concevables* »<sup>40</sup>. En conséquence, si le fondement retenu pour justifier l'insertion du contradictoire dans l'égalité des armes peut également justifier la thèse inverse, il est alors aisé de constater la faible pertinence d'un tel fondement. Les variations ultérieures de cette formule, reproduite dans des arrêts isolés<sup>41</sup>, ne démontrent pas davantage son sens réel, elles ne font qu'entretenir une certaine maladresse à l'indécision.

<sup>34</sup> ASCENSI, Lionel. *Du principe de la contradiction*. Thèse Paris I, Panthéon-Sorbonne, 2005, p.114.

<sup>35</sup> Les anciens ouvrages de référence en procédure pénale sont par essence exclus puisqu'ils sont antérieurs à l'existence de cette relation.

<sup>36</sup> De manière sibylline, il affirme que « *le principe du contradictoire correspond au concept d'égalité des armes* ». PRADEL, Jean. *Procédure pénale*. Cujas, 11<sup>e</sup> Éd. 2002, p.327.

<sup>37</sup> BOULOC, Bernard. LEVASSEUR, Georges., STEFANI, Gaston. *Procédure pénale*. Précis Dalloz. 18<sup>e</sup> Éd. 2001 ; COHEN-JONATHAN, Gérard. *Aspects européens des droits fondamentaux*. 3<sup>e</sup> Éd. Montchrétien, 2002, p.132.

<sup>38</sup> GUINCHARD, Serge., BUISSON, Jacques. *Procédure pénale*. Éd. Litec, 2002, n°387, p.406 ; idem. «... *le principe du procès équitable d'où procèdent, notamment, le droit d'être jugé dans un délai raisonnable et le principe de l'égalité des armes, qui englobe à son tour le principe du contradictoire* ». CONTE, Philippe., MAISTRE du CHAMBON, Patrick. *Procédure pénale*. 4<sup>e</sup> Éd. Armand Colin, 2002, n°31, p.18 ; ALLIX, Dominique. *Le droit à un procès équitable*. Justices 1998, n°10, p.30.

<sup>39</sup> CEDH du 28 août 1991, Aff. *Brandstetter* c/Autriche, Série A, n°211, § 66.

<sup>40</sup> ASCENSI, Lionel. Op. Cit. n°148, p.116.

<sup>41</sup> V. CEDH du 23 juin 1992, Aff. *Ruiz-Mateos* c/Espagne, Série A, n°262, § 63 ; CEDH du 24 novembre 1997, Aff. *Werner* c/Autriche, req. n°21835/93, § 63, « *le principe de l'égalité des armes représente un élément de la notion plus large de procès équitable, qui englobe aussi le droit fondamental au caractère contradictoire de l'instance* » ; CEDH du 12 mai 2005, Aff. *Ocalan* c/Turquie, req. n°46221/99, § 146, « *Le principe de l'égalité*

**391.** En revanche, la thèse qui retient une indépendance des principes à notre préférence pour des raisons qui tiennent autant à des arguments de fond que de forme.

Pour les spécialistes de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, « *le principe de l'égalité des armes ne doit pas être confondu avec le principe du contradictoire* »<sup>42</sup>, tout simplement parce qu'il ne s'agit ni du même contenu, ni des mêmes concepts<sup>43</sup>.

À juste titre, ils considèrent que le principe du contradictoire prescrit aux parties, « *le droit de prendre connaissance de toute pièce ou observation présentée au juge et de la discuter* » alors que « *le principe de l'égalité des armes impose seulement de traiter les parties de façon égalitaire sans que l'une ne puisse revendiquer un droit dont l'autre n'a pas bénéficié* »<sup>44</sup>. Il ressort de ces définitions, deux concepts parfaitement distincts où rien ne permet de déterminer que le premier serait le sous-système du second, et inversement. Il n'y a pas d'inclusion d'une notion dans l'autre. Pourtant, ce qui apparaît parfaitement clair et caractérisé pour certains auteurs et juges européens, ne l'est pas systématiquement pour d'autres magistrats. En effet, on ne peut que regretter un certain manque de rigueur dans l'application de ces concepts par la Cour européenne elle-même puisqu'il lui arrive encore de les confondre malgré une position de principe de distinction bien arrêtée. Ainsi, n'est-il pas rare que la juridiction européenne fonde son raisonnement sur un principe à la place de l'autre<sup>45</sup>. De ces malentendus isolés, il résulte une image des principes quelque peu confuse et embrouillée dont on se serait volontairement passée, notamment au regard de la nature suffisamment complexe de leurs relations, et ce d'autant plus qu'elle y ajoute un désordre formel.

**392.** Afin de mettre un terme aux interprétations contradictoires de la jurisprudence au regard de la confusion engendrée par l'utilisation d'une expression ambiguë, la Cour européenne des droits de l'homme trancha en faveur de l'indépendance des principes.

Dans un arrêt<sup>46</sup> *Niderhöst-Huber* du 18 février 1997, pour la première fois, les magistrats européens affirment formellement et explicitement que l'égalité des armes est distincte du contradictoire. Au paragraphe vingt trois de l'arrêt, ils énoncent que « *le principe de l'égalité des armes – l'un des éléments de la notion plus large de procès équitable – requiert que chaque partie se voie offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire* ». Ensuite, ils appliquent cette définition aux faits de l'espèce, et concluent qu'il n'y a pas atteinte au principe de l'égalité des armes.

---

*des armes constitue un élément de la notion plus large de procès équitable, qui englobe aussi le droit fondamental au caractère contradictoire de la procédure pénale* ».

<sup>42</sup> VAN DROOGHENBROECK, Sébastien. *Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (1999-2001)*. Coll. Les dossiers du journal des tribunaux, 2003, p.107 ; AUTIN, Jean-Louis., SUDRE, Frédéric. *Juridiquement fragile, stratégiquement correct*. RFDA 2001, p.1000 ; SUDRE, Frédéric., MARGUENAUD, Jean-Pierre., ANDRIANTSIMBAZOVINA, Joël., et al. *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*. Coll. Thémis, 4<sup>e</sup> Éd. PUF, 2007, p.305 et s.

<sup>43</sup> Cf. supra n°374 et s.

<sup>44</sup> SUDRE, Frédéric., MARGUENAUD, Jean-Pierre., ANDRIANTSIMBAZOVINA, Joël., et al. op. cit. p.245.

<sup>45</sup> Ibid. idem. p.246 ; CEDH du 25 juin 1997, Aff. *Van Orshoven c/Belgique*, req. n°20122/92 ; CEDH du 25 mars 1998, Aff. *Belziurk c/Pologne*, req. n°23103/93. S'agit-il d'une réelle confusion des principes ou tout simplement d'un champ d'application en commun, sur lequel il est possible d'apprécier les droits de la défense, à la fois par rapport au principe du contradictoire, et à celui de l'égalité des armes ? Cf. infra n°397 et s.

<sup>46</sup> CEDH du 18 février 1997, Aff. *Nideröst-Hubert c/Suisse*, req. n°18990/91.



Au paragraphe vingt quatre de l'arrêt, ils précisent : « *Toutefois, la notion de procès équitable implique aussi en principe le droit pour les parties à un procès de prendre connaissance de toute pièce ou observation présentée au juge et de la discuter* ». Cette formule n'est ni plus ni moins la définition européenne du principe du contradictoire. Par conséquent, les deux concepts sont distincts. Cette singularisation formelle des principes a fait l'objet d'une seconde reconnaissance, dans un arrêt *Kress*<sup>47</sup> dont la portée sur la distinction ne laisse aucun doute en raison de la composition solennelle de la Chambre.

Pourtant, à l'image des confusions sur le plan substantiel, la juridiction européenne persiste à employer une expression équivoque<sup>48</sup>. En appliquant parfois indistinctement les principes et en utilisant une expression non dénuée d'ambiguïtés, il est fort regrettable que la Cour entretienne cette confusion entre eux. Elle maintient ainsi une certaine difficulté de lecture et de décryptage de ses arrêts qui n'échappe pas cependant aux lecteurs avertis.

## 2) *Des principes ni identiques ni inclus*

**393.** En se fondant sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, il convient d'observer, d'une part que le principe du contradictoire n'est pas identique au principe de l'égalité des armes, et d'autre part que le premier n'est pas davantage inclus dans le second, ou inversement<sup>49</sup>.

Dans l'hypothèse d'un rapport d'équivalence entre le principe du contradictoire et celui de l'égalité des armes, le respect, comme l'irrespect, à l'égard de l'un aurait les mêmes conséquences à l'égard de l'autre. En effet, il est régulièrement constaté par la jurisprudence que l'application du contradictoire correspond également à une égalité des armes entre les parties. Il en est ainsi en garde à vue, lorsque l'OPJ informe la personne des accusations qui pèsent contre elle. De même, à l'ouverture d'une information judiciaire, la personne mise en examen a accès au dossier pénal. La connaissance de la prévention comme l'accès au dossier satisfont autant le principe du contradictoire que celui de l'égalité des armes.

Cependant, le rapprochement identitaire ne peut-être validé, puisqu'il arrive également que le respect du contradictoire coïncide avec une inégalité des armes. La procédure de jugement devant le Tribunal de police est parfaitement contradictoire. Le mis en cause peut solliciter un débat devant le juge judiciaire. Cela étant, avant la loi du 23 juin 1999, il ne bénéficiait pas des mêmes droits que l'accusation en matière de voies de recours. Il en résultait une atteinte au principe de l'égalité des armes<sup>50</sup>.

En conséquence, il n'existe pas de rapport d'équivalence entre les principes.

**394.** Après avoir exclu une relation d'identité, il convient d'examiner l'éventuel rapport d'inclusion entre les principes. Comme le prétend une partie de la doctrine, faut-il considérer le principe du contradictoire comme un élément de la notion plus large d'égalité des armes ? L'interrogation est légitime. De nombreux cas d'espèce soutiennent cette intégration. En premier lieu, on relève les correspondances positives des principes. Devant le magistrat instructeur comme devant les juges du siège, la représentation de la défense par

<sup>47</sup> CEDH du 07 juin 2001, Aff. *Kress c/France*, req. n°39594/98. JCP 2001, II, 10578, note F. Sudre.

<sup>48</sup> CEDH du 24 novembre 1997, Aff. *Werner c/Autriche*, req. n°21835/93, § 63 ; CEDH du 12 mars 2003, Aff. *Ocalan c/Turquie*, req. n°46221/99, § 166 ; CEDH du 12 mai 2005, Aff. *Ocalan c/Turquie*, req. n°46221/99, § 146.

<sup>49</sup> ASCENSI, Lionel. Op. Cit. n°150, p.118.

<sup>50</sup> Cass. crim. 06 mai 1997, *Landry*, Bull. crim. n°170 ; Cass. crim. 21 mai 1997, *Mathoulin*, Bull. crim. n°191.

ministère d'avocat, laissée au libre choix du mis en cause, constitue tout autant un élément d'application du principe du contradictoire que celui de l'égalité des armes.

Puis, il faut tenir compte des correspondances négatives. Au cours de l'interrogatoire en garde à vue, et plus encore lors de la phase d'instruction dans une procédure disciplinaire en milieu carcéral, les atteintes touchent simultanément les deux principes.

Mais ces concordances positives comme négatives sont insuffisantes pour caractériser ce lien. Seule la combinaison d'un respect du contradictoire avec une inégalité des armes, à l'exclusion absolue de toutes autres dissonances entre les principes, prouverait l'inclusion du premier dans le second. Une telle hypothèse signifierait que l'égalité des armes recouvre la totalité du contradictoire, et que l'égalité des armes bénéficie d'un champ d'exercice en dehors de celui du contradictoire, sans qu'il en soit possible autrement. Une telle hypothèse s'est partiellement vérifiée dans la réalité judiciaire. La jurisprudence de la chambre criminelle en matière de voies de recours devant le Tribunal de police, ainsi que dans la pratique judiciaire en matière de comparution immédiate<sup>51</sup>, confirme l'existence de situations où le contradictoire coexiste avec une inégalité des armes. Cependant, cette dissonance n'est pas exclusive.

Dans un arrêt *Nideröst-Hubert*, les juges européens reconnaissent simultanément le respect du principe de l'égalité des armes avec une atteinte au principe du contradictoire. En l'espèce, « *les observations du tribunal cantonal ne furent communiquées à aucune des parties au litige devant le Tribunal fédéral [...]. Aucun manquement à l'égalité des armes ne se trouve donc établi [...]. [Toutefois,] le respect du droit au procès équitable, garanti par l'article 6 § 1 de la Convention, exigeait que M. Nideröst-Huber fût informé de l'envoi d'observations par le Tribunal cantonal et qu'il eût la possibilité de les commenter* »<sup>52</sup>.

Non seulement une telle jurisprudence démontre que le contradictoire n'est pas inclus dans l'égalité des armes, mais elle tend également à prouver que les principes sont autonomes puisqu'il est désormais établi que toutes les combinaisons entre eux sont possibles.

Pour Frédéric Sudre, « *bien que le principe de la contradiction et celui de l'égalité des armes soient tous deux issus du principe plus général du droit à un procès équitable, le juge européen distingue leur jeu respectif en matière de communication des pièces aux parties*<sup>53</sup>. *Si le défaut de communication d'une pièce ne concerne qu'une partie, alors que l'autre a eu accès à la pièce en cause, la Cour se fonde sur l'égalité des armes, qui impose de traiter les parties de façon égalitaire sans que l'une ne puisse revendiquer un droit dont l'autre n'a pas bénéficié*<sup>54</sup>. *Par contre, si les deux parties ont été également privées de la possibilité de prendre connaissance d'une information utile fournie au juge, c'est le principe du contradictoire qui est mobilisé* ». S'il fallait synthétiser la position de la Cour, « *le déséquilibre d'informations est sanctionné sur la base du principe de l'égalité des armes, et l'égal défaut de transmission d'informations sur la base du droit à une procédure contradictoire* »<sup>55</sup>.

## B – Des principes complémentaires

---

<sup>51</sup> Cf. supra n°278 et s.

<sup>52</sup> CEDH du 18 février 1997, Aff. *Nideröst-Hubert* c/Suisse, req. n°18990/91, § 23-32.

<sup>53</sup> CEDH du 18 février 1997, Aff. *Nideröst-Hubert* c/Suisse, req. n°18990/91.

<sup>54</sup> CEDH du 27 avril 2000, Aff. *Kuopila* c/Finlande, req. n°27752/95 ; CEDH du 22 février 1996, Aff. *Bulut* c/Autriche, req. n°17358/90.

<sup>55</sup> SUDRE, Frédéric. *Droit européen et international des droits de l'homme*. Coll. « Droit fondamental », 7<sup>e</sup> Éd. PUF, 2005, p.353.

**395.** Pour des nécessités de clarification des concepts, il était nécessaire que la Cour européenne détermine définitivement les champs d'application respectifs des principes. Néanmoins, nous ne partageons pas toute la portée attribuée à cette distinction (1). Au contraire, tout en respectant les attributs caractéristiques de chaque principe, nous considérons qu'ils entretiennent davantage des relations complémentaires, plutôt qu'exclusives (2).

### 1) Portée relative de la distinction

**396.** La distinction entre les principes est un élément important de leur définition respective ainsi que dans les rapports qu'ils entretiennent ensemble. Mais elle ne doit certainement pas les suppléer.

Selon la jurisprudence de la Cour, il semble acquis que l'égalité des armes ou le contradictoire soit mobilisé en fonction des circonstances de la cause. Par exemple, lorsqu'il s'agit de sanctionner un déséquilibre des droits, la Cour sollicite le principe de l'égalité des armes, tandis qu'elle fait appel au principe du contradictoire lorsqu'il s'agit de réprimer un défaut d'information qui touche l'ensemble des parties.

Dans l'absolu, nous partageons avec les spécialistes du droit européen cette *suma divisio* entre les principes. Cependant, il faut convenir que cette distinction constitue essentiellement un enjeu théorique puisque rares sont les cas d'espèce dans la pratique qui permettent d'en faire la démonstration.

À notre connaissance, il n'en existe pas au sein de notre procédure pénale. Une telle hypothèse n'est certes pas impossible, mais elle reste tout de même peu probable. De nombreuses raisons expliquent cette faible probabilité. Pour commencer, le ministère public est une partie au procès, en charge des poursuites. À ce titre, il est responsable de la charge de la preuve. Il doit par conséquent démontrer la culpabilité de la personne poursuivie à l'aide de tous moyens de preuve. De son côté, la défense dispose également de moyens d'investigation même si elle participe dans une moindre mesure à l'information du dossier. Par conséquent, l'ensemble des informations présentes dans le dossier ou débattues à l'audience devant la juridiction est apporté, partagé et discuté par les parties elles-mêmes.

Dans notre Code de procédure pénale, il n'existe pas de dispositions prescrivant l'information exclusive de la juridiction aux dépens des parties. Une telle disposition serait tout simplement inconstitutionnelle<sup>56</sup>. Et, pour les rares fois où le président dispose de son pouvoir d'investigation à l'audience, il est totalement exclu – et serait par ailleurs extrêmement difficile – de ne pas informer les parties des conclusions des investigations.

Enfin, dans l'hypothèse de l'arrêt *Nideröst-Hubert*, il est possible que le juge du premier degré laisse, dans le dossier transmis à la Cour d'appel, ses observations. Cependant, ce dossier demeure consultable en l'état par les parties lors de son réexamen par la juridiction d'appel. Ensuite, rien oblige les conseillers à prendre en considération ses notes, et encore moins à en tenir compte dans le fondement de leur décision, même s'il faut reconnaître qu'elles peuvent les influencer. Enfin et surtout, une telle hypothèse est improbable parce

---

<sup>56</sup> Le principe du contradictoire et l'équilibre des droits des parties – métonymie de l'égalité des armes – figurent dans l'article préliminaire du Code de procédure pénale. Ils s'inscrivent parmi les principes directeurs du procès pénal. Le contradictoire bénéficie en outre d'une reconnaissance constitutionnelle à travers les arrêts du Conseil. Cons. const. 02 décembre 1976, n°76-70 DC. Rec. p.39 ; RJC, I, p.41 ; Rev. sc. crim. 1978, p.257. chron. obs. Y. Reinhard ; Cons. const. 19-20 janvier 1981, n°80-127 DC. Rec. p.15 ; RJC, I, p.91 ; JCP 1981, II, 19701, note C. Franck ; D. 1981, jurisp. 101, note J. Pradel ; D.1982, jurisp. 441, note A. Dekeuwer.

qu'elle n'existe ni dans la tradition pénale ni dans la pratique judiciaire, elle résulterait d'une omission ou d'une erreur de manipulation.

Finalement, dans notre procédure pénale interne, la portée de la distinction entre les principes émis par la Cour européenne reste marginale en pratique, même si elle demeure symbolique en théorie.

## 2) *Étendue de la relation*

**397.** Nous ne partageons pas totalement l'analyse de Frédéric Sudre concernant la distinction des principes. D'après ses observations sur la jurisprudence européenne et spécialement celles issues de l'arrêt *Nideröst-Hubert*, il semble effectuer une distinction exclusive des principes : « *le déséquilibre d'informations est sanctionné sur la base du principe de l'égalité des armes, et l'égal défaut de transmission d'informations sur la base du droit à une procédure contradictoire* ».

Nous partageons entièrement la seconde partie de son analyse. Lorsque les deux parties sont à égalité devant une déficience ou une carence d'information, seul le principe du contradictoire permet d'en sanctionner l'atteinte. Cette situation – exceptionnelle – correspond à un champ d'application exclusif du principe du contradictoire, celui de l'égalité des armes y étant inopérant. De même, lorsque l'une des parties seulement bénéficie d'avantages en matière de voies de recours, seul le principe de l'égalité des armes permet d'en sanctionner l'atteinte. Cette hypothèse coïncide au champ d'exercice exclusif du principe de l'égalité des armes, celui du contradictoire y étant impuissant.

En revanche, et contrairement à ce que laisse entendre l'auteur dans la première partie de son analyse, en matière de communication de pièces aux parties, « *le déséquilibre d'informations est [certes] sanctionné sur la base du principe de l'égalité des armes* », mais pas exclusivement. Pourquoi ne serait-il pas également condamnable sur le fondement du contradictoire ? On ne peut pas simplifier la jurisprudence européenne au point de sanctionner uniquement les déséquilibres par l'égalité des armes et les carences d'informations bipartites par le contradictoire. Une telle dichotomie reviendrait à transférer la quasi-totalité du champ d'application du contradictoire sous celui de l'égalité des armes, exclusivement. À terme, il en résulterait une omnipotence de ce dernier et un risque de désuétude du premier.

**398.** Sans nullement remettre en cause la distinction entre les principes, n'est-il pas préférable d'y voir une relation complémentaire plutôt qu'exclusive ?

Le contradictoire et l'égalité des armes demeurent des principes autonomes, avec des caractéristiques spécifiques, des champs d'application parfois exclusifs, mais plus généralement partagés. Et, les relations entre l'égalité des armes et le contradictoire sont plus souvent complémentaires que concurrentes ou exclusives.

Cette complémentarité s'explique par les différences d'approches et les finalités distinctes de leur objet au sein de la procédure pénale. Comme nous l'avons démontré dans notre première partie, il est possible d'apprécier alternativement les droits de la défense, sous l'angle des principes du contradictoire et de l'égalité des armes, selon que l'on privilégie l'information ou les déséquilibres, ou les deux à la fois. Finalement, n'est ce pas également la position de la Cour européenne ? Cela expliquerait en partie le flou de ses décisions<sup>57</sup>. Par ailleurs, dans l'abondante jurisprudence de la juridiction européenne relative au statut du conseiller rapporteur près la Cour de cassation – et celui du commissaire du gouvernement près du

---

<sup>57</sup> Cf. supra note de bas de page n°39.

Conseil d'État – et de son rapport, les juges européens apprécient successivement les faits, ainsi que la législation de l'espèce à la lumière des deux principes, condamnant alternativement sur le contradictoire ou l'égalité des armes selon l'atteinte qu'ils souhaitent mettre en exergue<sup>58</sup>.

Pourquoi faudrait-il apprécier un défaut de communication de pièces exclusivement sous l'angle d'un déséquilibre, ou exclusivement sous l'aspect informatif, lorsque la situation transcende de façon parallèle, les deux principes à la fois ? La dualité d'approche est nettement plus enrichissante et protectrice. Cette double démarche est enrichissante parce qu'elle permet d'analyser les droits selon deux approches distinctes, l'une sous l'angle précis de l'information, et l'autre sous l'angle plus général de l'équilibre. Ainsi, il est possible de satisfaire aux droits sur un aspect mais pas nécessairement sur l'autre ou inversement.

De plus, la combinaison des principes pour garantir les droits devient particulièrement redoutable, car les limites internes du contradictoire ne sont pas celles de l'égalité des armes. Ce qui ne peut être sanctionné sur le fondement du contradictoire peut l'être sous l'égalité des armes. De même, les insuffisances de l'un des principes – du fait de ces contraintes conceptuelles propres – peuvent être suppléées par le champ d'application distinct de l'autre.

Par conséquent, les relations qu'entretiennent les principes au sein de notre triptyque sont davantage de nature complémentaire que concurrentielle ou exclusive. De cette nature, il en résulte une meilleure protection des droits de la défense du fait de l'extension combinée des limites de chacun des principes.

**399.** Les principes du contradictoire et de l'égalité des armes sont des concepts distincts et autonomes. Néanmoins, en raison d'un champ d'application judiciaire généralement partagé et une communauté d'intérêts à garantir les droits de la défense, ils connaissent des relations complémentaires, et parfois exclusives. Ainsi, leur complémentarité étend leurs propres limites, accentue leur puissance tout en préservant leurs singularités. Ils constituent des outils efficaces, des moyens de protection substantiels, supports nécessaires au respect des droits de la défense.

Toutefois, l'application des principes et le respect des droits de la défense sont effectifs grâce à la tradition judiciaire, à la propre volonté des parties, et surtout en raison des conséquences judiciaires inhérentes à une irrégularité processuelle. Sans la menace d'une sanction, les droits et les principes resteraient à l'état de simple recommandation. Ils seraient théoriques et illusoire alors que notre droit positif exige qu'ils soient concrets et effectifs. C'est le degré de certitude de la sanction et son étendue qui étalonnent la force de contrainte nécessaire à la mise en œuvre d'un droit ou d'un principe. Aussi, la nature, les conditions d'application et l'étendue des régimes des nullités déterminent la force des droits et des principes, et en fixent les limites.

---

<sup>58</sup> CEDH du 30 octobre 1991, Aff. *Borgers c/Belgique*, Série A, n°214-A ; CEDH du 22 février 1996, Aff. *Bulut c/Autriche*, req. n°17358/90 ; CEDH du 31 mars 1998, Aff. *Reinhardt et Slimane-Kaïd c/France*, req. n°23043/93 et n°22921/93. JCP 1999, I, 105, n°26, chron. F. Sudre ; JCP 1999, II, 10074, note S. Soler ; PA du 11 août 2000, note G. Pica et A. Sauret ; CEDH du 08 février 2000, Aff. *Voisine c/France*, req. n°27362/95. D. 2000, Som. 186, Obs. N. Fricero ; Gaz. Pal. 22 avril 2000, chron. E. Baraduc ; CEDH du 01 avril 2004, Aff. *Quesne c/France*, req. n°65110/01. CEDH du 07 juin 2001, Aff. *Kress c/France*, req. n°39594/98 ; **SERMET**, Laurent. *L'arrêt Kress c. France : avancée, statut quo ou régression des droits fondamentaux du justiciable ?* RTDH 2002, p.237 ; **COHEN-JONATHAN**, Gérard. *L'arrêt Kress de la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de cassation française : quelques observations.* Gaz. Pal. du 04 octobre 2002, p.1421 ; **GUINCHARD**, Serge. *Dialogue imaginaire entre un justiciable moyen et un juriste désespéré par l'arrêt Kress.* D. 2003, chron. p.152.

## Section 2 – La portée des sanctions

**400.** Le régime des sanctions visant les atteintes aux droits de la défense et aux principes du contradictoire et de l'égalité des armes n'est pas différent du régime général des nullités. Il connaît les mêmes difficultés d'insécurité juridique, dérivées du flou des catégories juridiques et des variations d'interprétation des conditions d'application.

Faute d'encadrement législatif précis et structuré, le régime des nullités est une création essentiellement prétorienne fondée sur des considérations intrinsèquement pragmatiques. Partagés entre des enjeux généraux antagonistes<sup>59</sup>, tels que garantir la répression ou veiller au bon fonctionnement de la justice, et des intérêts particuliers contradictoires, tels que la sauvegarde de la procédure ou la protection des droits du justiciable, les magistrats ont progressivement amoncelé plusieurs régimes de nullités. Aujourd'hui, ils renvoient l'image d'un droit parcellisé sans véritable cohérence autre que la prise en compte de besoins conjoncturels.

Les auteurs, la doctrine et certains magistrats s'accordent à reconnaître que le régime des sanctions est confus, aléatoire, artificiel et parfois arbitraire. En ce qui concerne les droits et les principes, il est surtout un facteur d'insécurité juridique en raison de l'absence de proportionnalité entre les irrégularités et les sanctions d'une part, et la présence répétée de variations dans la définition des conditions d'application, d'autre part. Malgré une ouverture de la procédure en nullité à l'ensemble des acteurs du procès pénal, sa mise en œuvre, particulièrement complexe et technique, maintient une inégalité des armes au détriment de la défense.

Par ailleurs, les juridictions limitent restrictivement les effets des nullités. Ce constat n'est pas sans influence sur la portée didactique du respect des droits de la défense et des principes du contradictoire et de l'égalité des armes.

Il résulte de cette construction jurisprudentielle un régime juridique des nullités artificiel (§1) et dont les effets sont arbitraires (§2).

### § 1 – Un régime des nullités artificiel

**401.** La nature artificielle du régime des nullités se caractérise au fond par une typologie aléatoire (A) des nullités dans laquelle les critères et les catégories évoluent au fil de la jurisprudence. Dans la forme s'ajoute une mise en œuvre volontairement complexe et technique afin d'en limiter l'exercice (B).

#### A – Une typologie aléatoire

---

<sup>59</sup> À propos d'une nullité de procédure permettant de libérer un délinquant multirécidiviste pris en flagrant délit. « Vous rendez-vous compte ? Si nous vous donnons raison, nous allons remettre en liberté de dangereux individus, sans les avoir condamnés ! Vous prenez d'inadmissibles responsabilités ! je leur dis alors que celui qui a pris ces responsabilités, ce n'est pas l'avocat qui soulève le moyen, c'est le juge ou le policier qui n'a pas respecté la règle, qui a commis une faute. L'avocat qui ne soulèverait pas la nullité manquerait à ses devoirs par incompétence, négligence ou connivence. [Relaxe] La police n'a pas tout les droits ; elle doit s'en tenir aux règles qui limitent ses pouvoirs, et les juges sont chargés de veiller au respect de ces règles. Ce qui est important, c'est de montrer que nous sommes dans un Etat de droit et de demander aux juges de l'affirmer. » **LECLERC**, Henri. *Un combat pour la justice*. Éd. La découverte, 1994, pg 254.

**402.** La présentation typologique des nullités ne prétend pas uniquement analyser les différentes catégories et chercher à les confronter aux principes dans un but essentiellement théorique (1). Elle se veut également très pratique en démontrant une dénaturation des concepts (2) qui participe au caractère artificiel du régime des nullités.

### 1) Une classification multiple

**403.** Afin de bien comprendre toutes les subtilités du régime des nullités, en apprécier toute la portée et en maîtriser tous les enjeux, nous ne pouvons pas faire l'économie d'un bref rappel historique. La confusion et l'incohérence aujourd'hui omniprésentes au sein des nullités, sont le résultat d'un enchevêtrement de réformes législatives inadaptées et de créations prétoriennes outrepassant leurs droits<sup>60</sup>.

À l'origine du Code d'instruction criminelle, le législateur s'intéresse exclusivement aux nullités de procédure attachées à la phase de jugement et à l'audience. Il reste muet en ce qui concerne les nullités inhérentes à l'instruction préparatoire. Inspiré d'un vieil adage civiliste selon lequel il n'existe « *pas de nullité sans texte* », l'article 408 al. 1 du Code d'instruction criminelle pose le principe des nullités textuelles. Toutefois, dans un second alinéa, le législateur adapte cette règle aux nécessités de la pratique en permettant dans d'étroites conditions, l'annulation d'actes dont la nullité n'est pas expressément prévue par un texte. Ainsi, la jurisprudence peut sanctionner de la nullité les nombreuses formalités liées essentiellement aux droits de la défense<sup>61</sup>, et accessoirement à la constitution ou à la compétence des juridictions. Sur le fondement de l'article 408 al. 2, la jurisprudence développe la notion de nullité virtuelle<sup>62</sup> qui prend définitivement toute son ampleur avec la loi du 08 décembre 1897.

À l'image du Code d'instruction criminelle, la loi Constans prescrit des nullités textuelles<sup>63</sup> en raison de la violation du principe de la séparation de l'instruction et du jugement, des règles de l'interrogatoire de première comparution, et des interrogatoires ultérieurs. Cela étant de nombreuses atteintes aux droits de la défense ne figurent pas dans cette liste. C'est pourquoi, s'inspirant de l'article 408 alinéa 2 du Code d'instruction criminelle qui admet la cassation

<sup>60</sup> **GUINCHARD**, Serge., **BUISSON**, Jacques. *Procédure pénale*. Éd. Litec, 2005, p.902 ; V. le dossier consacré aux nullités. AJ pénal 2005, n°4 et 5 ; **GUERRIN**, Muriel. *Nullités de procédure*. Rép. pén. Dalloz, 2005 ; **HENNION-JACQUET**, Patricia. *La double dénaturation des nullités en matière pénale*. D. 2004, jurisp. p.1265.

<sup>61</sup> Pour l'absence de tout interrogatoire de l'inculpé. Cass. crim. 12 février 1835, S. 1835, I, 459 ; Cass. crim. 16 novembre 1849, S. 1850, I, 234 ; Cass. crim. 08 avril 1892, D. 1893, I, 302. V. égal. **MERLE**, Roger., **VITU**, André. *Traité de droit criminel. Procédure pénale*. Cujas, 1979. 5<sup>e</sup> Éd. 2001, n°578 ; **GOYET**, Charles. *À propos des nullités de l'instruction préparatoire : quelques remarques sur la distinction entre les nullités textuelles et des nullités substantielles*. Rev. sc. crim. 1976, p.899.

<sup>62</sup> Traditionnellement, on opère une distinction entre des nullités expressément prévues par un texte, dite alors textuelles, et des nullités dites virtuelles parce que non prévues par un texte d'une manière expresse, ou substantielles parce qu'elles résultent implicitement de l'importance de la règle méconnue, règle qui protège des intérêts substantiels, tels que les droits de la défense. **GUINCHARD**, Serge., **BUISSON**, Jacques. loc. cit. Plus précisément « *les nullités sont parfois indifféremment qualifiées par la doctrine de substantielles. Cette dénomination semble impropre. Elle repose sur une confusion entre la qualité de la disposition en cause et celle de la nullité : c'est, non la nullité qui est substantielle, mais la formalité qu'elle sanctionne. C'est pourquoi, il est préférable de recourir au terme virtuel, entendu comme théorique, par opposition à la réalité formelle des nullités textuelles* ». **HENNION-JACQUET**, Patricia. *Les nullités de l'enquête et de l'instruction : un exemple du déclin de la légalité procédurale*. Rev. pénit. 2003, n°1, p.13.

<sup>63</sup> Art. 12 de la Loi du 08 décembre 1897.

bien que la peine de nullité ne soit pas formellement prévue, les juges étendent la théorie des nullités virtuelles à l'information de l'inculpé – à propos de son droit à l'assistance d'un avocat<sup>64</sup> –, à la mise à disposition du dossier<sup>65</sup>, aux délais de préparation de la défense<sup>66</sup>, aux notifications<sup>67</sup>, ainsi qu'aux formalités liées à la compétence et à l'organisation judiciaire<sup>68</sup>. Progressivement, avec la prééminence des droits de la défense au sein des nullités virtuelles, un nouveau critère émerge : l'intérêt privé. Son apparition s'explique par le recouvrement avec la distinction traditionnelle : l'intérêt privé est sauvegardé par les nullités virtuelles tandis que les nullités textuelles préservent l'ordre public. Mais, ce nouveau critère représente également un risque de confusion.

**404.** En 1958, le Code de procédure pénale reprend la distinction classique entre les nullités textuelles et virtuelles consacrée par la jurisprudence. Mais progressivement, « *elle s'efface derrière la question de la nature de ces nullités qui peuvent être les unes et les autres qualifiées par le juge de nullités d'ordre public ou au contraire d'intérêt privé. Les réformes successives de 1975 et de 1993 et leur interprétation jurisprudentielle aboutissent finalement à ruiner en grande partie l'intérêt de la distinction initiale. Il n'existe plus de liste des nullités textuelles. Elles sont disséminées dans le code, apparaissent et disparaissent au gré des réformes multiples de la procédure pénale. Mais surtout en présence d'une nullité textuelle ou virtuelle qualifiée par le juge d'intérêt privé, la violation de la règle de la procédure n'est sanctionnée par l'annulation que si l'existence d'un grief aux intérêts de celui qui l'invoque est établie* »<sup>69</sup>.

En 1975, le législateur ajoute une condition à l'exercice des nullités. L'article 802 du Code de procédure pénale<sup>70</sup> exige la démonstration d'un grief. L'imprécision et l'ambiguïté de cet article sont à l'origine de nombreux débats doctrinaux sur les interprétations à donner à ce texte<sup>71</sup>. Néanmoins, avec cette réforme, le parlement entend limiter le prononcé des nullités aux cas où « *l'irrégularité a eu pour effet de porter atteinte aux intérêts de la partie concernée* »<sup>72</sup>, à l'exception – implicite d'après les travaux parlementaires – des nullités d'ordre public qui en profitent pour connaître un nouvel essor. Par conséquent, il revient à la jurisprudence d'apprécier la preuve du grief, donc de déterminer quelles sont les nullités susceptibles d'une annulation.

En 1993, la loi du 04 janvier introduit dans le Code de procédure pénale une nouvelle liste de nullités textuelles d'ordre public, sans grief à prouver. Cette volonté de clarification du régime des nullités est considérée trop favorable aux droits de la défense. La loi du 24 août 1993 la

---

<sup>64</sup> Cass. crim. 04 février 1898, D. 1898, I, p.229 ; Cass. crim. 30 décembre 1927, D. 1929, I, p.55.

<sup>65</sup> Cass. crim. 17 octobre 1901, Bull. crim. n°255 ; Cass. crim. 11 août 1904, Bull. crim. n°384 ; Cass. crim. 24 décembre 1909, Bull. crim. n°631.

<sup>66</sup> Cass. crim. 30 avril 1925, D. 1926, I, p.187.

<sup>67</sup> Cass. crim. 04 janvier 1913, D. 1914, I, p.43 ; Cass. crim. 15 juin 1950, Bull. crim. n°189.

<sup>68</sup> Cass. crim. 10 mars 1927, D. 1929, I, p.318 ; Cass. crim. 22 janvier 1953, Bull. crim. n°24.

<sup>69</sup> DANET, Jean. *Brèves remarques sur la typologie et la mise en œuvre des nullités*. AJ Pénal 2005, p.134.

<sup>70</sup> Loi n° 75-701 du 06 août 1975. D. 1975. p.295.

<sup>71</sup> Selon J. Pradel, l'annulation implique la preuve d'un grief causé au demandeur dont il appartient à chaque juridiction compétente d'en apprécier la teneur, au cas par cas, ou *in concreto*. in **PRADEL**, Jean. *Procédure pénale*. Cujas, 11<sup>e</sup> Éd., n°738. Pour d'autres, les articles 171 et 802 du Code de procédure pénale n'exigent pas nécessairement la démonstration d'un grief, elle peut naturellement résulter de la violation dénoncée. L'importance de l'atteinte se suffit à elle-même. in **GUINCHARD**, Serge., **BUISSON**, Jacques. op. cit. p903.

<sup>72</sup> **DI MARINO**, Gaëtan. *Les nullités de l'instruction préparatoire*. Thèse Aix-en Provence, 1977, spé. p.30. Dans l'idée que ce nouveau critère constitue un obstacle substantiel, l'auteur parle de « *bâillonnement des nullités* ».



supprime tandis que le pouvoir exécutif rétablie par voie de circulaire<sup>73</sup> l'ancienne jurisprudence de la chambre criminelle. Faut-il prouver un grief ou est-il inhérent à la violation dénoncée ? La doctrine reste partagée sur la typologie des nullités à retenir, à l'image volontairement floue et confuse que la jurisprudence renvoie de ces décisions. Jusqu'à aujourd'hui, le parlement a démontré des déficiences coupables dans la formulation de règles précises et claires en matière de nullité, et sa relative impuissance à imposer sa volonté législative à l'égard d'une pratique manifestement hostile aux réformes engagées.

## 2) Une dénaturation conceptuelle

**405.** À chaque – nouvelle<sup>74</sup> – nullité soulevée sur la violation d'une formalité substantielle se pose la question du choix de la catégorie et du régime juridique y afférant : nullité textuelle, nullité substantielle, d'ordre public ou d'ordre privé, avec un grief à prouver ou une atteinte nécessairement portée aux intérêts concernés. Les enjeux sont proportionnels au degré d'antinomie qui oppose les forces en présence. D'un côté figure les intérêts particuliers du justiciable pour lequel « *l'inobservation des dispositions écrites pour l'accomplissement des actes de [procédure] doit être sanctionnée, si l'on veut que ces dispositions ne deviennent pas lettre morte et que ne soient pas méconnues les garanties qu'elles expriment* »<sup>75</sup> telles que les principes du contradictoire et de l'égalité des armes. D'un autre côté, les intérêts de la société commandent de ne pas anéantir une procédure dans son intégralité pour un motif qui peut apparaître secondaire par rapport aux intérêts généraux en jeu. Les difficultés à obtenir un compromis entre ces priorités opposées peuvent expliquer la complexité et les différences subtiles entre les types de nullités. Toutefois, elles ne justifient pas la dénaturation des concepts eux – mêmes. Ni la loi, ni les juges n'édicte de façon claire, et précise une liste des nullités comme l'exige pourtant le droit dérivé européen<sup>76</sup>. Au contraire, à l'examen de la jurisprudence de la chambre criminelle, on constate un mouvement de balancier consistant, selon le principe des vases communicants, à vider ou à remplir le contenu de la liste de chaque nullité<sup>77</sup> en fonction des besoins de l'espèce. Il est ainsi possible d'effectuer une dichotomie au sein de la pratique jurisprudentielle qui consiste à favoriser les intérêts de l'une ou l'autre partie, ce que Mme Hennion – Jacquet dénomme encore par « *la privatisation de l'ordre public et la publicisation de l'intérêt privé* »<sup>78</sup>. Seulement ces adaptations discrétionnaires de la pratique s'appliquent au prix d'une qualification devenue artificielle, parfois incohérente, sinon arbitraire.

**406.** Afin de préserver une procédure susceptible d'être annulée, la chambre criminelle qualifie successivement une formalité substantielle d'ordre public puis d'intérêt

<sup>73</sup> Circ. du 24 août 1993, point 5.

<sup>74</sup> La remarque n'est pas exclusive des nouvelles nullités. Celles déjà appréciées par les magistrats sont également concernées au regard de l'instabilité de la jurisprudence.

<sup>75</sup> MERLE, Roger., VITU, André. op. cit. n°577.

<sup>76</sup> CEDH du 24 avril 1990, Aff. *Kruslin c/France*, req. n°11801/85, § 33. D. 1990, Jurisp. p.353, note J. Pradel ; KOERING-JOULIN, Renée. *De l'art de faire l'économie d'une loi (à propos de l'arrêt Kruslin et de ses suites)*. D. 1990, p.187 ; Procédures 1996, chron. 8, Obs. J. Buisson.

<sup>77</sup> HENNION-JACQUET. Patricia. *La double dénaturation des nullités en matière pénale*. D. 2004, jurisp. p.1266.

<sup>78</sup> Ibid. idem.

privé en fonction de la qualité de la personne en cause. Cette dénaturation des concepts est particulièrement flagrante en matière de loyauté de la preuve pénale<sup>79</sup>.

Lorsqu'une partie civile obtient de manière illicite ou déloyale un enregistrement audio, les magistrats qualifient la formalité d'intérêt privé afin de l'accepter au rang de preuve<sup>80</sup>. En revanche, lorsque ce même moyen de preuve est recueilli par la défense<sup>81</sup> ou par la victime d'une corruption en présence d'OPJ, il est considéré d'ordre public et écarté des débats<sup>82</sup>, alors que le même procédé utilisé par un agent de poursuite victime d'une infraction identique est admissible<sup>83</sup>.

De même, les formalités prévues par les dispositions du Code de procédure pénale en matière de perquisition et de saisie, autrefois sanctionnées de plein droit<sup>84</sup>, sont aujourd'hui soumises à la preuve d'un grief<sup>85</sup>. Des revirements jurisprudentiels identiques à celui-ci se sont accomplis en matière de motivation de la désignation d'un expert non inscrit sur une liste<sup>86</sup> ou d'interdiction faite à un expert d'interroger le mis en examen<sup>87</sup>.

Enfin, l'interprétation par la chambre criminelle de l'article 385 du Code de procédure pénale qui prescrit que les exceptions de nullité doivent être présentées avant toute défense au fond, a détruit la spécificité des nullités d'ordre public. En effet, avant l'instauration des purges en 1993, une nullité d'ordre public pouvait être soulevée jusqu'à la délibération de la juridiction. Depuis, la Haute cour considère que la règle s'applique à toutes les nullités, sans exception, dont celles qui attirent à l'ordre public<sup>88</sup>.

**407.** Par ailleurs, le mouvement inverse qui consiste à prononcer des nullités d'office à l'égard de nullités d'intérêt privé dans le but de protéger les droits et les garanties de la personne poursuivie, est également présent dans notre droit positif. Les droits de la personne gardée à vue en est l'exemple topique<sup>89</sup>. L'information du procureur de la République ou du juge d'instruction doit avoir lieu dès le début de la garde à vue. Tout retard fait nécessairement grief à l'intéressé et constitue, sauf circonstances insurmontables<sup>90</sup>, une

---

<sup>79</sup> V. **LEMOINE**, Pascal. *La loyauté de la preuve à travers quelques arrêts récents de la chambre criminelle*. in Rapport annuel 2004 de la Cour de cassation. La vérité.

Disponible sur : [http://www.courdecassation.fr/\\_rapport/rapport.htm](http://www.courdecassation.fr/_rapport/rapport.htm) [consulté le 08/07/2007]

<sup>80</sup> Cass. crim. 06 avril 1993, JCP 1993, II, 22144, Obs. M.-L. Rassat ; Cass. crim. 15 juin 1993, Bull. crim. n°210, D. 1994, 613, note C. Mascala.

<sup>81</sup> Cass. crim. 01 octobre 2003, AJ Pénal 2003, p.107.

<sup>82</sup> Cass. crim. 27 février 1996, Bull. crim. n°93 ; D. 1996, jurisp. p.346, note C. Guéry ; JCP 1996, II, 22629, Obs. M.-L. Rassat ;

<sup>83</sup> Cass. crim. 19 janvier 1999, JCP 1999, II, 10156, note D. Rebut ; Cass. crim. 13 juin 2001, Procédure 2001, Comm. p.202, Obs. Buisson ; Cass. crim. 13 octobre 2004, Bull. crim. n°243.

<sup>84</sup> Cass. crim. 22 janvier 1953, D. 1953, jurisp. p.533, note A. Lapp ; Cass. crim. 27 septembre 1984, Bull. crim. n°275 ; Cass. crim. 07 décembre 1993, Bull. crim. n°372.

<sup>85</sup> Cass. crim. 17 septembre 1996, Bull. crim. n°316. D. 1997, Somm. p.144, Obs. J. Pradel ; Rev. sc. crim. 1997, p.149, Obs. J.-P. Dintilhac ; Cass. crim. 15 juin 2000, Bull. crim. n°1096. V. **DECOCQ**, André., **MONTREUIL**, Jean., **BUISSON**, Jacques. *Le droit de la police*. Éd. Litec, 1996, n°1605.

<sup>86</sup> Cass. crim. 22 novembre 2000, Procédure 2001, Comm. p.92, Obs. J. Buisson ; *Contra*, Cass. crim. 26 février 1991, Bull. crim. n°98.

<sup>87</sup> Cass. crim. 10 novembre 1977, D. 1978, jurisp. p.621, note W. Jeandidier.

<sup>88</sup> Cass. crim. 19 mars 1997, Dr. pénal 1997, Comm. p.104, Obs. A. Maron.

<sup>89</sup> V. **HENNION-JACQUET**, Patricia. op. cit. p.1267 ; **DANET**, Jean. op. cit. pp.136-137 ; **GIRAULT**, Carole. *Nullités de la garde à vue*. AJ pénal 2005, pp.140-141 ; **GUINCHARD**, Serge., **BUISSON**, Jacques. op. cit. p.903.

<sup>90</sup> Cass. civ. 2<sup>nd</sup>, 19 février 2004, Bull. civ. II, n°70. AJ pénal 2004, p.160. Dr pénal 2004, Comm. n°56, Obs. A. Maron.

cause de nullité<sup>91</sup>. Derrière cette manifestation de protection du gardien des libertés individuelles, cette formalité apparemment bénigne n'en demeure pas moins substantielle. Le magistrat vérifie le cadre légal de la détention, tel que la plausibilité des soupçons à l'origine de la mesure, la qualification juridique des faits retenue par les OPJ, laquelle s'avère déterminante pour le régime de la garde à vue<sup>92</sup>.

De la même façon, lorsqu'une personne est mise à la disposition d'un OPJ sous la contrainte pour son audition ou plus largement pour les nécessités de l'enquête, la notification des droits doit être immédiate. Tout retard dans la mise en œuvre de cette obligation, non justifié par une circonstance insurmontable<sup>93</sup>, porte nécessairement atteinte aux intérêts de la personne concernée<sup>94</sup>. La quasi automaticité de cette nullité de plein droit constitue la contre-partie du pouvoir de rétention de l'OPJ. Elle représente surtout l'application de droits conventionnellement et constitutionnellement protégés<sup>95</sup>.

Le droit à un avocat<sup>96</sup>, le droit de consulter un médecin ou encore le droit de prévenir un membre de sa famille<sup>97</sup> semblent également relever d'un principe d'ordre public. La computation des délais de gardes à vue successives et indépendantes l'une de l'autre ne doit pas excéder la durée maximale d'une garde à vue unique<sup>98</sup>. Cette mesure particulièrement coercitive doit s'exercer dans le respect du principe de nécessité. La nullité est encourue de plein droit dès lors que la garde à vue ne se fonde sur aucune raison plausible<sup>99</sup>.

Ainsi, la chambre criminelle adopte une position commune et unitaire de la mesure en considérant que la violation d'une formalité substantielle porte nécessairement atteinte aux intérêts de la personne concernée.

**408.** À l'examen de la jurisprudence de la chambre criminelle, la typologie et le régime des nullités se révèlent particulièrement complexes, obscures, et parfois discrétionnaires, voire arbitraires. Certains auteurs tentent bien de percevoir les idées directrices qui dominent cette matière. Pour messieurs Guinchard et Buisson<sup>100</sup>, il semble que la chambre criminelle opère une distinction entre l'existence d'un obstacle à la mise en œuvre des droits de la défense, pour laquelle la preuve d'un grief n'est pas nécessaire, et une mauvaise application d'une disposition régissant les droits de la défense pour laquelle la preuve d'un grief doit être apportée. Plus proche de notre grille de lecture, Jean Danet

<sup>91</sup> Cass. crim. 29 février 2000, Dr. pénal 2000, Comm. n°81, Obs. A. Maron ; Cass. crim. 10 mai 2001, Bull. crim. n°119, Procédures 2001, Comm. n°184, Obs. J. Buisson.

<sup>92</sup> V. Cons. const. 02 mars 2004, n°2004 – 492 DC, § 33. Rec. p.66 ; FAVOREU, Louis., PHILIP, Loïc. *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*. 13<sup>e</sup> Éd. Dalloz, 2005, p.877.

<sup>93</sup> La jurisprudence donne une interprétation stricte de la notion de circonstance insurmontable et relativement proche de la notion voisine de force majeure : l'état d'ébriété, Cass. crim. 03 avril 1995, Bull. crim. n°140, Rev. sc. crim. 1995, p.609, Obs. J-P. Dintilhac., le siège d'un commissariat par des manifestants, Cass. crim. 10 avril 1996, Procédures 1996, Comm. n°229, Obs. J. Buisson., la recherche d'un interprète, Cass. civ. 2<sup>nd</sup> 04 juillet 2002, Bull. civ., II n°154.

<sup>94</sup> Cass. crim. 30 avril 1996, Bull. crim. n°182. Rev. sc. crim. 1996, p.879, Obs. J-P. Dintilhac ; Cass. crim. 10 mai 2000, Bull. crim. n°182 ; Cass. crim. 02 mai 2002, pourvoi n°01-88.453. V. BUCK. *Vers un contrôle plus étendu de la garde à vue. L'exemple de la notification immédiate des droits*. Rev. sc. crim. 2001, p.325.

<sup>95</sup> Art. 5 de la Convention européenne des droits de l'homme et 7 de la Déclaration des droits de l'homme.

<sup>96</sup> Cass. crim. 09 mai 1994, Bull. crim. n°174, D. 1995, Somm. 145, Obs. J. Pradel ; Cass. crim. 10 mai 2001, Bull. crim. n°118 ; Cass. civ. 2<sup>nd</sup> 23 janvier 2003, Bull. civ. II n°13 ; Cass. civ. 24 avril 2003, Bull. civ. II n°108.

<sup>97</sup> Art. C.63-2 et C.63-3 Circ. du 01 mars 1993, BOMJ n°73 sur la présentation de la loi du 04 janvier 1993.

<sup>98</sup> Cass. crim. 17 mars 2004, Bull. crim. n°69. AJ pénal 2004, p.248, Obs. Coste.

<sup>99</sup> Les gardes à vue de confort qui consistent à placer ou à maintenir une personne en garde à vue afin de satisfaire aux emplois du temps dominical sont strictement proscrites. Cass. crim. 09 mai 2001, Bull. crim. n°767.

<sup>100</sup> GUINCHARD, Serge., BUISSON, Jacques. loc. cit. p.903.

remarque fort justement que « *l'atteinte nécessairement portée aux intérêts de la personne concernée* » intéresse des situations – contrôle d'identité, garde à vue – où le déséquilibre entre les pouvoirs de la police et les droits de la personne concernée est le plus grand<sup>101</sup>. Aussi pertinentes que soient ces remarques, elles ne remplaceront jamais la nécessaire clarté et prévoyance d'une loi et de son application. Or, en l'espèce, force est de constater le caractère artificiel et aléatoire de cette dernière. Notre grille de lecture des droits de la défense à travers les principes du contradictoire et de l'égalité des armes ne permet pas de valider une quelconque classification rationnelle évidente ou déterminante. Les atteintes aux principes et aux droits sont indifférentes au classement des nullités. Le non respect du principe du contradictoire à l'égard de l'information des droits de la personne gardée à vue constitue une nullité de plein droit, alors que l'inobservation des formalités de notification de l'expertise au cours de l'instruction nécessite la démonstration d'un grief<sup>102</sup>.

En ce qui concerne l'égalité des armes, même si nous partageons l'observation de Jean Danet, ce principe ne constitue pas – en tout cas actuellement – un critère de distinction suffisamment efficient pour clarifier le régime des nullités. Il est tout simplement impossible de se prononcer faute de décisions suffisantes de la Cour de cassation sur ce principe<sup>103</sup>. Comme il a été démontré dans notre première partie, ce n'est pas tant le nombre d'atteintes à l'égalité des armes qui nous fait défaut que le nombre d'arrêts de cassation sur ce principe. Tant que la chambre criminelle manifesterait une position relativement réservée sur l'appropriation des principes conventionnels tel que le principe de l'égalité des armes, il sera difficile d'en apprécier la pertinence à l'égard des nullités. Néanmoins, en ce qui concerne leurs mises en œuvre, il est loin d'être inopérant.

## **B – Une mise en œuvre limitée**

**409.** En dépit d'une mise en conformité des cas d'ouverture en nullité avec le principe de l'égalité des armes, la jurisprudence parvient insidieusement à détourner le principe de la loi (1). Par ailleurs, la mise en œuvre fortement limitée des nullités par la multiplication des mécanismes de filtre, de purge et de forclusion place les parties privées dans une situation de net désavantage par rapport au ministère public (2).

### *1) Une égalité des armes détournée*

**410.** Le respect du principe de l'égalité des armes dans la procédure de saisine de la chambre de l'instruction – anciennement la chambre de l'accusation – d'une requête en nullité est relativement récent. En 1991, la Commission Delmas-Marty dénonce explicitement l'inégalité des armes résultant de l'article 173 du Code de procédure pénale qui ouvre le droit d'agir en nullité aux seuls magistrats du parquet et de l'instruction. « *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 démunies face à un juge d'instruction qui refuse de répondre à leur demande ou qui répond*

---

<sup>101</sup> DANET, Jean. loc. cit. pp.136.

<sup>102</sup> Cass. crim. 14 mars 1988, Bull. crim. n°258.

<sup>103</sup> V. Cass. crim. 06 mai 1997, Bull. crim. n°170 ; Cass. crim. 21 mai 1997, Bull. crim. n°191 ; Cass. crim. 10 décembre 2002, Bull. crim. n°221.

*négalement. L'égalité des armes est loin d'être réalisée* »<sup>104</sup>. Il s'agit alors d'assurer la sécurité des procédures en empêchant toute requête en annulation d'une partie privée pendant l'information.

Dans la pratique, cette procédure<sup>105</sup> se révèle parfaitement inefficace en présentant même des effets indésirables. Non seulement, elle n'empêche nullement les parties de solliciter, et d'obtenir la nullité de l'acte, mais c'est l'ensemble de la procédure qui encoure la nullité. Par ailleurs, le débat sur la nullité devant le juge pose des problèmes en termes de temps d'audience. Il en résulte un allongement des procédures, donc une lenteur de la justice pénale. Avec le mouvement libéral de 1993, l'équilibre des droits entre les parties est au cœur des revendications processuelles de la doctrine et des politiques, et l'un des enjeux moteurs à l'origine des réformes. Aussi, le législateur entreprend d'ouvrir aux parties le droit de solliciter l'annulation des actes effectués pendant l'information pour satisfaire à ce devoir d'équité, sans oublier les intérêts de la célérité des procédures lorsque les nullités sont tranchées en amont de l'audience<sup>106</sup>. Toujours dans un souci d'équilibre, la partie peut également renoncer à se prévaloir d'une nullité virtuelle à condition que cette renonciation soit expresse et réalisée en la présence obligatoire de l'avocat afin qu'elle se prononce en toute connaissance de cause. Ces nouvelles dispositions marquent un progrès des principes du contradictoire et de l'égalité des armes, ainsi qu'une avancée proportionnelle des droits de la défense au sein de l'instruction.

Très récemment, le législateur a complété la liste des personnes susceptibles de déposer une requête en nullité. Depuis la loi du 09 mars 2004, l'article 173 du Code de procédure pénale précise que cette action est également ouverte au statut de témoin assisté.

Par conséquent, l'action en nullité contre les formalités de l'instruction semble largement ouverte à l'ensemble des protagonistes du procès.

**411.** Elle est en effet largement ouverte, à condition d'avoir un intérêt à agir. Selon le droit processuel général, il existe un principe selon lequel toute action judiciaire présuppose l'existence d'un intérêt pour agir<sup>107</sup>. La partie qui soulève la nullité doit subir un préjudice. Or, la chambre criminelle adopte une interprétation restrictive de l'intérêt pour agir. Il doit être direct<sup>108</sup>. Une fois de plus, il s'agit d'assurer la sécurité des procédures en restreignant les possibilités d'ouverture de requête en annulation. Cependant, en agissant de la sorte, les magistrats du droit ne réhabilitent-ils pas, sous couverture du droit d'agir, l'inégalité des armes textuelle d'autrefois ?

---

<sup>104</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. *Rapport sur la mise en état des affaires pénales*. Commission justice pénale et droit de l'homme, La Documentation française, 1991.

Disponible sur : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/914059500/index.shtml> [consulté le 08/07/2007]

<sup>105</sup> Le débat portant sur la nullité n'était pas pour autant inexistant, il était simplement différé à la phase de jugement. Le défaut de purge des nullités de l'instruction associé à l'ordonnance de renvoi devant la juridiction compétente avaient pour effet pervers de repousser le débat sur les nullités au temps de l'audience.

<sup>106</sup> Suite aux réformes de 1993, les parties privées avaient tendance à attendre l'avis de clôture de l'instruction pour soulever une nullité de procédure. Dans le but de rééquilibrer les intérêts en jeu, la loi du 15 juin 2000 instaura à l'égard des parties privées un délai pour déposer une requête en annulation de certains actes de la procédure.

<sup>107</sup> V. Art. 122 du C. pr. civ.

<sup>108</sup> « Il résulte des articles 171 et 802 du Code de procédure pénale que celui qui invoque l'absence ou l'irrégularité d'une formalité protectrice des droits des parties n'a qualité pour le faire que si cette irrégularité le concerne ». Cass. crim. 14 décembre 1999, Bull. crim. n°304, Dr. pénal 2000, chron. p.31, Obs. C. Marsat ; Cass. crim. 20 mars 1995, Pourvoi n°94-80.251 ; Cass. crim. 16 janvier 1996, Bull. crim. n°24.

Malgré une jurisprudence européenne<sup>109</sup> plus libérale, la Cour de cassation a considéré « *sans qualité pour contester une interception de conversations téléphoniques, la partie qui n'est pas concernée par les conversations et à qui la ligne n'est pas attribuée* »<sup>110</sup>, avant d'assouplir sa position dernièrement, dans des circonstances similaires, en considérant « *qu'une personne mise en examen est recevable à contester la régularité d'écoutes téléphoniques réalisées sur des lignes dont elle n'était ni la titulaire ni l'utilisatrice* »<sup>111</sup>. Elle précise également « *que toute personne mise en examen dont les conversations téléphoniques ont été enregistrées et retranscrites a qualité au sens de l'article 171 du Code de procédure pénale pour contester la régularité de ces mesures* ». Cet arrêt de rejet pouvait laisser présager un changement de position de la Cour, plus conforme aux standards du droit européen.

Or, deux arrêts<sup>112</sup> récents reviennent sur cet assouplissement. L'arrêt du 15 janvier 2003 apparaît désormais comme une décision isolée, exclusivement réservée à la matière des interceptions en télécommunication. De nouveau, la chambre criminelle interprète restrictivement le droit d'agir en considérant qu'une personne mise en examen est sans qualité pour solliciter l'annulation du procès-verbal d'audition comme témoin d'une autre personne pour méconnaissance de ses droits en vertu des dispositions de l'article 105 du Code de procédure pénale. Comme l'auteur<sup>113</sup>, on s'interroge sur la qualité de la personne qui pourrait le faire. Certes, les dispositions de l'article 105 dudit Code protègent en priorité la personne interrogée en qualité de témoin. Néanmoins, lorsque les dires du témoin mettent en cause une tierce personne mise en examen, cette dernière est directement concernée par le témoignage. Elle est impliquée à un degré sensiblement égal à « *la personne mise en examen dont les conversations téléphoniques ont été enregistrées* ». Il est difficile de ne pas être concerné par un mode de preuve qui vous met en cause. C'est pourquoi, « *l'auteur d'une requête en nullité devrait être considéré comme ayant un intérêt à agir toutes les fois que l'acte d'administration de la preuve dont il demande l'annulation a permis de l'impliquer dans une procédure* »<sup>114</sup>.

La Cour de cassation ne partage pas cette position. Elle semble utiliser le concept de l'intérêt à agir comme un filtre avec tous les avantages de célérité qu'un filtre placé en amont d'une procédure possède. Plutôt que de traiter l'ensemble des procédures, avec tous les inconvénients d'emploi du temps, de logistique et de gestion du personnel que cela exige, pour rendre à terme, une décision d'annulation mesurée<sup>115</sup>, voire insignifiante par rapport aux enjeux de la procédure, ou au contraire, afin d'éviter une sanction disproportionnée – l'annulation de l'acte vicié – par rapport à l'atteinte, elle semble apprécier le degré d'atteinte d'une formalité à travers le droit d'agir. Ainsi, lorsque la présence d'un OPJ territorialement compétent pour procéder à l'audition d'un témoin fait défaut aux côtés d'un OPJ non territorialement compétent, la faible incidence du non respect de cette formalité sur les droits de la défense est sanctionnée par le défaut de qualité pour agir<sup>116</sup>. En revanche, il faut espérer

---

<sup>109</sup> CEDH du 24 août 1998, Aff. *Lambert c/France*, req. n°23618/94, §§34-41 ;

<sup>110</sup> Cass. crim. 14 novembre 2001, Bull. crim. n°238.

<sup>111</sup> Cass. crim. 15 janvier 2003, Bull. crim. n°10, Dr. pénal 2003., Comm. n°54, Obs. A. Maron.

<sup>112</sup> Cass. crim. 04 mars 2004, Bull. crim. n°57 ; Cass. crim. 09 novembre 2004, Bull. crim. n°276. AJ pénal 2005, p.31.

<sup>113</sup> DANET, Jean. préc., p.136.

<sup>114</sup> Cass. crim. 15 janvier 2003, Dr. pénal mai 2003, Comm. n°121, Obs. J. Buisson.

<sup>115</sup> Cf. infra § 2.

<sup>116</sup> Dans l'hypothèse d'une interprétation large du droit d'agir, la Cour de cassation pourrait encore considérer que la présence d'un OPJ territorialement compétent en l'espèce ne constitue pas une formalité suffisamment importante pour être placée sous la protection du régime des nullités textuelles sans grief. En revanche, si elle relevait de ce régime, la Cour de cassation n'aurait d'autre solution que d'annuler le procès-verbal d'audition du témoin. Aussi capital ou accessoire que soit ce témoignage, son annulation n'empêcherait en rien une nouvelle

que dans une situation similaire, où le témoin interrogé en qualité de gardé à vue, bien qu'il n'existe « *aucune raison plausible de soupçonner qu'elle ait commis une infraction* », la chambre criminelle acceptera le droit d'agir de la personne mise en examen<sup>117</sup>. Mais rien est moins sûr.

Tant que la Cour de cassation perdurera dans son interprétation restrictive de l'intérêt pour agir, il nous faudra constater que l'inégalité des armes, supprimée du texte de loi par les parlementaires, sera en quelque sorte rétablie en pratique par les magistrats du droit. Cette subtilité processuelle pour évincer les demandes de nullités pose légitimement question au regard du principe de l'égalité des armes, d'autant qu'elle n'est pas isolée. Les parties privées sont confrontées à divers mécanismes de filtre, de purge et de forclusion, ignorés de la partie poursuivante.

## 2) Une inégalité des armes maintenue

**412.** Il est relativement curieux de s'apercevoir que le législateur a remplacé en pratique une inégalité des armes par une autre. Si sa volonté première tendait à ouvrir aux parties privées le droit de solliciter l'annulation d'un acte ou d'une pièce de la procédure irrégulière, il avait également parfaitement conscience qu'il fallait strictement encadrer ce droit afin de conserver l'équilibre dans le rapport de force entre les parties, et limiter *ab initio* le développement d'un nouveau contentieux de masse. En conséquence, il a institué un filtre ainsi que des délais pour agir. D'un point de vue théorique, ces aménagements sont parfaitement légitimes, ils tendent à sélectionner uniquement les actions réelles et sérieuses. Ils ne constituent pas intrinsèquement une atteinte au principe de l'égalité des armes. Cependant, l'imprécision de la loi associée à l'interprétation de la jurisprudence conduisent en pratique à l'apparition d'une nouvelle inégalité des armes.

Après les conditions d'acceptation inhérentes à la qualité du demandeur, l'article 173 du Code de procédure pénale prescrit une formalisation de la demande sous forme de requête motivée par déclaration au greffe de la chambre de l'instruction<sup>118</sup> dont une copie est remise au juge d'instruction compétent afin qu'il transmette la copie du dossier au président de la chambre de l'instruction. Dans les huit jours de la réception du dossier au greffe, ce dernier statue par ordonnance non susceptible d'appel<sup>119</sup> sur la recevabilité de la requête.

Le principe d'un filtre ne constitue pas par nature une inégalité des armes. Seules des différences d'application de ce mécanisme entre les parties y contribuent.

déposition dans les formes durant l'instruction ou lors de la phase de jugement. D'un autre côté, le non respect de la compétence territoriale n'a aucune incidence en l'espèce sur le fond du témoignage.

<sup>117</sup> Cet exemple est loin d'être une hypothèse purement théorique. Le législateur a formellement prescrit à deux reprises qu'une personne peut faire l'objet d'une garde à vue si et seulement si il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle ait commis une infraction (Art. 62 et 63 du C. pr. pén.). La garde à vue est une mesure de contrainte au cours de laquelle les pressions psychologiques et exceptionnellement physiques conduisent à l'obtention d'aveux. L'abus de pouvoir manifeste de l'OPJ qui procède ainsi afin d'obtenir des preuves contre une tierce personne mise en examen porte nécessairement atteinte aux droits de la défense de cette dernière, même si l'atteinte reste indirecte. Sur les pouvoirs de l'OPJ. V. Cass. crim. 04 janvier 2005, Bull. crim. n°3. Dr. pénal 2005, Comm. n°49, Obs. A. Maron.

<sup>118</sup> Cass. crim. 13 octobre 1998, Bull. crim. n°253, Procédures 1999, Comm. n°43, Obs. J. Buisson ; Cass. crim. 06 novembre 2002, Bull. crim. n°201.

<sup>119</sup> La chambre criminelle admet néanmoins le recours en cassation pour excès de pouvoir. Au regard du nombre d'arrêts, le filtre démontre à la fois son efficacité et ses limites. Cass. crim. 24 janvier 1994, Bull. crim. n°33 ; contra, Cass. crim. 06 mai 1998, Bull. crim. n°153. V. DANET, Jean. préc., pp.137-138.

Dans le but de contrôler le flux des requêtes, d'évincer les actions purement dilatoires ou irrégulières, la soumission des demandes de parties privées au président de la chambre de l'instruction est parfaitement légitime. Le fait que le juge d'instruction soit exonéré de cette procédure se comprend également au regard de son statut de magistrat indépendant et, par définition, non partisan. En revanche, la dispense de présentation de la requête en annulation du ministère public devant le président de la chambre d'instruction n'est ni justifiée, ni légitime. Pourtant, avec l'aide de la loi<sup>120</sup>, et en contradiction avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour de cassation exonère le parquet de cette formalité<sup>121</sup>. Il ressort de cette jurisprudence fort critiquable que les magistrats du droit octroient à la partie poursuivante un net avantage par rapport à son adversaire. Une demande de nullité à l'initiative du parquet n'est pas systématiquement favorable aux parties privées<sup>122</sup>. L'inégalité des armes est particulièrement manifeste à l'égard des demandes de nullités du parquet sur des actes d'instruction à l'initiative de la défense, ou favorables à celle-ci. Comment justifier une telle différence de traitement entre les parties ?

**413.** Depuis l'accès au juge de la légalité par les parties privées en 1993, le législateur n'a cessé d'intervenir, en 2000, 2002, puis 2004 afin d'encadrer la mise en œuvre en temps utile des demandes de nullités.

En premier lieu, l'article 173-1 du Code de procédure pénale édicte un délai de prescription de six mois pour soulever les nullités. Plus précisément, la personne mise en examen, le témoin assisté et la partie civile doivent respectivement soulever les moyens de nullité de leur interrogatoire de première comparution et de leur première audition ainsi que des actes qui leur sont antérieurs dans un délai de six mois à compter de la notification de la mise en examen ou de l'audition, à peine d'irrecevabilité, sauf dans le cas où ils n'auraient pu les connaître. Chaque interrogatoire ouvre un nouveau délai de six mois pour invoquer les nullités des actes qui lui sont antérieurs. À l'expiration du délai de l'article 173-1 dudit Code, la présentation de moyens de nullité pour lesquels elle est forclosée est irrecevable<sup>123</sup>.

Ensuite, la saisine de la chambre de l'instruction d'une requête en nullité entraîne pour chaque partie le devoir de présenter tous les moyens de nullité de la procédure susceptibles d'être soulevés. À défaut, les parties ne sont plus recevables à en faire état, sauf le cas où elles

---

<sup>120</sup> Art. 173 al.2 C. pr. pén.

<sup>121</sup> Cass. crim. 09 novembre 1999, Bull. crim. n°251. La chambre de l'instruction avait jugé que l'article 173 du Code de procédure pénale n'était pas compatible avec le principe de procès équitable et l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Elle avait renvoyé le parquet à présenter sa requête au président de ladite chambre. Le procès équitable exigeait selon elle qu'il s'applique à tous les demandeurs. L'arrêt est cassé. La chambre criminelle précise que « *la saisine de la chambre de l'instruction par le juge d'instruction ou le procureur de la République aux fins d'annulation d'un acte ou d'une pièce de la procédure n'est pas subordonnée à la décision préalable du président de cette juridiction* ».

<sup>122</sup> Le terme de "parties privées" regroupe sous une notion commune des intérêts antagonistes : ceux de la défense et ceux de la partie civile.

<sup>123</sup> Cass. crim. 10 juillet 2002, Bull. crim. n°152 ; Cass. crim. 23 août 2005, Pourvoi n°03-87.719, 04-84.771 et 05-83.529. - CA Aix-en-Provence, 23 octobre 2003 et 24 juin 2004. « *Est irrecevable par application des dispositions de l'article 173-1 du Code de procédure pénale la demande d'annulation d'une expertise présentée plus de six mois après l'interrogatoire de la personne mise en examen lorsque le rapport d'expertise a été déposé au dossier antérieurement à cet interrogatoire, peu important que ledit rapport d'expertise ait été notifié ultérieurement. Justifie sa décision la chambre de l'instruction qui pour déclarer irrecevable une requête en annulation d'une expertise présentée le 26 mars 2004 constate que le rapport d'expertise avait été déposé au dossier le 13 juin 2003 avant l'interrogatoire de la personne mise en examen intervenu le 1er août 2003* ».



n'auraient pu les connaître<sup>124</sup>. Ainsi, la saisine de la juridiction purge toutes les nullités pouvant être soulevées par l'ensemble des acteurs<sup>125</sup>.

Enfin, l'envoi de l'avis de l'article 175 informant les parties de la fin de l'instruction ouvre un délai de vingt jours pour présenter une requête en annulation au-delà duquel toute demande sera forclosée. Pour autant, ce nouveau délai ne permet pas aux parties de s'exonérer des délais des articles 173-1 et 174<sup>126</sup>. De même les délais de l'article 173-1 ne survivent pas à celui de l'article 175<sup>127</sup>. En conséquence, toutes les purges se combinent et les forclusions se cumulent afin de valider, le plus en amont possible, le maximum de procédures.

**414.** À travers ces différents mécanismes de filtre, de purge et de forclusion, il est certain que le législateur est parvenu à instaurer une sécurité juridique dans la mise en œuvre des nullités tant critiquée dans son régime. La matière connaît une telle amplitude paradoxale entre le fond et la forme qu'elle mérite d'être soulignée. Le degré d'insécurité juridique qui règne au sein de sa typologie et de son régime est inversement proportionnel au degré de sécurité juridique prédominant dans son application. Les craintes de connaître une annulation en cascade de plusieurs actes d'instruction juste avant la clôture de l'information et son renvoi devant la juridiction compétente comme elles existaient en 1993, ne sont plus aujourd'hui d'actualité.

Mais la sécurité juridique peut parfaitement s'accommoder avec le respect des droits de la défense et du principe de l'égalité des armes. Or, il nous faut observer qu'en la matière, le ministère public bénéficie de nets avantages par rapport à son adversaire. Il n'est soumis ni au filtre de la présidence de la chambre d'instruction ni aux délais des articles 173-1 et 174 du Code de procédure pénale. En outre, il a la possibilité d'ignorer le délai de l'article 175 en présentant un réquisitoire supplétif. Est-ce à dire que seules les parties privées présentent des demandes dilatoires, hors délais ou irrégulières ? Les statistiques judiciaires et les praticiens tendent à le confirmer<sup>128</sup>. Toutefois, il ne saurait en être autrement puisque la partie poursuivante est exonérée de ces mécanismes. Par ailleurs, cette dernière, ainsi que la partie civile ne partagent ni les mêmes intérêts ni les mêmes enjeux vis-à-vis des nullités par rapport à la défense. Dans la majorité des cas, les premiers essayent de préserver les procédures tandis que les seconds tentent de les faire annuler. Est-ce que l'inégalité des armes démontrée est pour autant justifiée ? Dans les rares hypothèses où le comportement des parties à l'égard des nullités est inversé<sup>129</sup>, la défense ne bénéficie pas des exonérations accordées au ministère public.

<sup>124</sup> Art. 174 du C. pr. pén. ; Ch. Ins. de Rennes 15 mars 2001.

<sup>125</sup> La purge organisée par l'article 174 n'est pas paralysée par les délais ouverts par l'article 173-1. Cass. crim. 30 mai 1996, Bull. crim. n°226.

<sup>126</sup> Cass. crim. 10 juillet 2002, Bull. crim. n°152 ; Cass. crim. 11 juillet 2002, Bull. crim. n°130. « *Devant la chambre de l'instruction saisie du règlement de la procédure, les parties sont irrecevables à invoquer, sur le fondement de l'article 206 du Code de procédure pénale, des moyens de nullité qui auraient dû être proposés à cette juridiction en application de l'article 174 du même Code, à la suite d'une requête en nullité présentée au cours de l'information* ».

<sup>127</sup> Cass. crim. 06 mai 1998, Bull. crim. n°153 ; Cass. crim. 10 juillet 2002, Bull. crim. n°152. « *L'article 173-1 du Code de procédure pénale ne confère pas aux parties le droit de demander, après l'expiration du délai de forclusion prévu par l'article 175 du même Code, l'annulation d'actes de la procédure effectués antérieurement à la notification de l'avis de fin d'information* ».

<sup>128</sup> À notre connaissance, il n'existe pas de statistiques précises sur la qualité de la personne à l'origine de la requête en nullité. Cependant, à la lecture de la jurisprudence, dans 90 % des cas, la demande émane de la défense.

<sup>129</sup> Il s'agit essentiellement de procédures dans lesquelles certaines investigations se révèlent favorables à l'accusé. Alors, la défense protège ces procédures tandis que l'accusation tend à les faire annuler.

Dans la pratique, l'assujettissement de l'accusation à ces mécanismes serait d'une incidence minimale, eu égard au faible nombre de procédures concernées. En revanche, sur un plan théorique, cet alignement de l'accusation sur la défense aurait le mérite de respecter le principe de l'égalité des armes.

**415.** L'intervention d'un avocat est indispensable dans la mise en œuvre des nullités.

La complexité intrinsèque des catégories et des régimes juridiques des nullités, les évolutions permanentes de la jurisprudence ainsi que les arcanes processuelles nécessitant d'être à la fois vigilant et diligent dans leur mise en œuvre, suffisent à démontrer l'ampleur des difficultés d'accès pour le simple justiciable. La responsabilité professionnelle des conseils tend à s'alourdir proportionnellement au degré de complexité technique des procédures. Par ailleurs, leur responsabilité est d'autant plus grande que la procédure d'instruction, même si elle ne représente que 5 % des affaires poursuivies devant les juridictions pénales, traite des affaires les plus graves où les enjeux sont les plus importants. Plus que jamais, l'avocat doit être particulièrement attentif aux délais de forclusion, aux qualifications des moyens ainsi qu'à la stratégie des autres parties<sup>130</sup>.

Devant le Tribunal correctionnel, qui constitue le premier circuit judiciaire en flux, avec plus de 40 % des affaires poursuivies devant une juridiction, les parties sont libres de déposer une demande en nullité lorsque le dossier n'a pas donné lieu à l'ouverture d'une information<sup>131</sup>. Or, la majorité des prévenus renvoyés devant cette juridiction – ou le Tribunal de police – n'est pas assistée d'un conseil. Ils ne connaissent ni la procédure pénale ni les nullités substantielles. Et dans l'hypothèse où un justiciable érudit découvre une nullité, il doit encore soulever ce moyen *in limine litis*<sup>132</sup>.

Avec l'accélération du traitement des procédures<sup>133</sup>, le conseil se doit d'être plus réactif et vigilant qu'il ne l'est déjà dans la procédure ordinaire s'il souhaite sanctionner la violation des formalités substantielles. La procédure de comparution immédiate ne laisse très souvent que quelques minutes à l'avocat pour consulter le dossier et y déceler une éventuelle nullité.

**416.** À force de purges, de délais de forclusion, de filtres et autres mécanismes d'inégalités des armes réels tel que l'absence de conseil devant le Tribunal correctionnel ou le Tribunal de police, d'une part, et, un régime des nullités artificiel fondé sur une typologie aléatoire, où les catégories juridiques s'adaptent en temps réel aux besoins conjoncturels de la jurisprudence, d'autre part, nous pouvons affirmer le caractère relatif de la mise en œuvre du régime des nullités, et démontrer à présent son caractère mesuré à travers ses effets juridiques arbitraires.

## § 2 – Un régime aux effets arbitraires

---

<sup>130</sup> « Il est évidemment tentant (même si dangereux) de chercher à faire purger la procédure d'une nullité faisant grief à la partie opposée en soulevant soi-même une nullité imaginaire au moment où l'on peut imaginer une moindre vigilance chez l'adversaire... ». DANET, Jean. op. cit. p.138.

<sup>131</sup> GUERY, Christian. *Le tribunal correctionnel et les nullités de l'instruction*. Dr. pénal, mai 2004, pp. 10-14 ; BONNAL, Nicolas. *Les nullités au cours de la phase de jugement*. AJ pénal 2005, p.188.

<sup>132</sup> Cf. 10<sup>e</sup> chambre. Instants d'audience. Film de Raymond Depardon. Le justiciable s'aperçoit au cours des débats d'une nullité. Faute d'avoir été soulevé *in limine litis*, le moyen est écarté.

<sup>133</sup> Annuaire statistique de la justice. La Documentation française, Éd. 2006, p.109.

**417.** La nature particulièrement complexe, obscure, parfois discrétionnaire de la typologie et du régime des nullités contraignent les parties à faire face à une insécurité juridique omniprésente (A). En outre, la jurisprudence apprécie restrictivement les effets des nullités. Il en résulte une portée didactique incertaine quant au respect des droits de la défense et des principes du contradictoire et de l'égalité des armes (B).

### **A – Une insécurité juridique omniprésente**

**418.** L'insécurité juridique résulte directement de la nature complexe et artificielle du régime des nullités. Elle se manifeste par une dénaturation fonctionnelle qui tend à confondre le bon fonctionnement de la justice avec une prérogative accordée à une partie (1). Elle est aussi, et surtout, la conséquence d'une démission législative où les caractéristiques, les régimes, les limites et les effets de nullités sont laissés à la libre appréciation du juge (2).

#### *1) Une dénaturation fonctionnelle*<sup>134</sup>

**419.** À l'origine, le fondement des nullités est de garantir le bon fonctionnement de la justice. Le simple établissement de règles de procédure édictant des principes généraux du droit processuel telles que l'équité, la loyauté, ou encore l'impartialité pour organiser le procès pénal, s'avère nettement insuffisant pour garantir une bonne administration de la justice. À l'image de toutes les normes légales, réglementaires, disciplinaires ou conventionnelles, le respect effectif d'une prescription repose en général sur la sanction qui lui est allouée en cas de violation. La relation de proportionnalité entre l'importance d'une règle et son degré de sanction a toujours existé dans toutes les sociétés humaines. L'examen des sanctions d'une structure sociale figure parmi les indices probants et concordants pour déterminer la hiérarchie des normes et des valeurs au sein de la dite structure. Dans le cadre du procès pénal, les règles de forme qui régissent et organisent les différents circuits judiciaires sont d'ordre public. Les parties ne peuvent pas en déroger par convention. Elles sont prescrites sous peine de nullité. Cette sanction est particulièrement dissuasive sur le plan juridique, notamment dans ses effets, puisqu'elle signifie la disparition rétroactive de l'acte ou de la procédure concernée.

**420.** Mais la sanction est à la hauteur des valeurs inscrites en filigrane dans ces prescriptions. Les normes de forme sont directement issues de principes processuels<sup>135</sup>. Outre leur utilité intrinsèque à la procédure, elles constituent des manifestations plus ou moins prégnantes des principes qui sont à l'origine de leur création. Ainsi, dans l'article 80-2 du Code de procédure pénale qui précise le contenu d'une convocation de première comparution devant le juge d'instruction, à travers la prescription faite à la personne convoquée de son

---

<sup>134</sup> V. HENNION-JACQUET. Patricia. *La double dénaturation des nullités en matière pénale*. D. 2004, jurisp. p.1265.

<sup>135</sup> Trop souvent considérées comme des prescriptions superfétatoires, redondantes, voir parfois contraignantes, ayant pour effet principal d'alourdir les procédures, les règles de forme sont en réalité les garantes d'une justice équitable et équilibrée. Elles sont justifiées et légitimées par des principes sous-jacents qui les ont inspirés. Même si au fil des réformes et des évolutions jurisprudentielles, elles peuvent perdre de leur valeur et de leur légitimité.

droit de choisir un avocat, cette modalité processuelle matérialise une manifestation du principe du contradictoire. Elle informe la personne d'un droit. Au surplus, de manière indirecte et incidente, dans l'hypothèse où le justiciable décide de choisir un conseil, la présence de ce dernier dans le cabinet du juge auprès de son client constitue indéniablement la manifestation du principe de l'égalité des armes. L'avocat est un professionnel du droit qui contribue à établir un certain équilibre entre les forces en présence. La démonstration que des principes de droit processuel s'inscrivent dans les fondements mêmes des prescriptions formelles de l'article 80-2 dudit code ne constitue pas l'exception, mais bien la règle générale qui gère l'ensemble de notre système pénal<sup>136</sup>.

**421.** La célèbre phrase de Ihéring selon laquelle « *la forme est la sœur jumelle de la liberté, et l'ennemi juré de l'arbitraire* » n'a jamais été aussi pertinente qu'aujourd'hui, alors que le législateur tend à l'inertie pour privilégier l'insécurité juridique afin de sauvegarder le maximum de procédures judiciaires irrégulières.

L'inobservation d'une prescription de forme signifie nécessairement qu'une partie transgresse un principe, des droits et la loi. En tant que représentant de la société, le ministère public est naturellement le gardien des règles de procédure. Le fait de veiller au bon fonctionnement de la justice est une mission de service public qui lui revient de droit eu égard aux enjeux qui relèvent de l'intérêt général. Seulement, cette conception « *de protection de l'image de la justice, envisagée comme une sanction restitutive, rétablissant l'équité du procès* »<sup>137</sup>, est celle adoptée par les pays de *Common law*<sup>138</sup> et la Cour européenne des droits de l'homme<sup>139</sup>.

Le droit français connaît une approche plus pragmatique en considérant principalement la nullité comme une réparation accordée à la personne poursuivie. En cela, nous partageons avec Mme Hennion-Jacquet l'idée d'une dénaturation fonctionnelle. Progressivement, la garantie du bon déroulement de la justice, fonction principale des nullités, a été suppléée par une fonction secondaire, la réparation du préjudice de la partie du fait de la violation de la norme. En fondant le concept des nullités sur la notion de grief, le législateur et les praticiens ont procédé à une inversion des valeurs. Désormais, notre droit positif s'attache davantage à sauvegarder les actes de procédure irréguliers, en limitant les effets d'une nullité, qu'à faire respecter les règles de forme à travers des sanctions dont la portée générale servirait d'exemple. « *Les prescriptions légales et les principes généraux du droit sont relégués au rang de simples recommandations dont la sanction est abandonnée au pouvoir discrétionnaire des magistrats* »<sup>140</sup>.

## 2) Une démission législative

---

<sup>136</sup> En ce qui concerne les principes du contradictoire et de l'égalité des armes, la première partie de notre démonstration rend compte des principales règles de forme issues de ces principes. Notre propos étant de traiter exclusivement des droits de la défense et de ces principes, il est important de souligner que ces fondements sont également valables à l'égard d'autres principes processuels essentiels tels que la loyauté, la publicité, l'équité, l'impartialité, l'indépendance...

<sup>137</sup> HENNION-JACQUET. Patricia. op. cit. p.1266.

<sup>138</sup> V. art. 24. (1) de la Charte Canadienne des droits et libertés et art. 78 PACE Act. 1984 pour l'Angleterre.

<sup>139</sup> « *Dans une société démocratique, le droit à une bonne administration de la justice occupe une place si éminente qu'on ne saurait le sacrifier à l'opportunité* ». CEDH du 17 janvier 1970, Aff. *Delcourt c/France*, Série A, n°11, § 25 ; CEDH du 20 novembre 1989, Aff. *Kostovski c/Pays-Bas*, Série A, n°166, § 44. V. Rev. Sc. crim. 1990, p.388, Obs. L-E. Pettiti.

<sup>140</sup> HENNION-JACQUET. Patricia. op. cit. p.1266.

**422.** L'insécurité juridique est omniprésente dès lors que le législateur n'a pas déterminé de façon claire et précise à quelle catégorie de nullité appartient telle ou telle irrégularité. La loi, cette règle générale censée préciser les conditions d'application, le régime juridique et les effets des nullités, est pour partie en désuétude ou inexistante. Elle est en désuétude en ce qui concerne la dichotomie originelle des nullités. Les nullités textuelles d'aujourd'hui sont le résultat d'une accumulation de textes législatifs sans autre cohérence qu'une inscription éparse dans le Code de procédure pénale<sup>141</sup>. Pour le reste, la loi est inexistante. Le législateur a abandonné cette institution à l'appréciation souveraine des magistrats sans se soucier ni de l'inconstitutionnalité du transfert de pouvoir, ni de l'atteinte manifeste au principe de la légalité<sup>142</sup>, ni des difficultés pour les juges à remplir à la fois la mission d'établissement de la loi, et son application. Contrainte d'exercer le rôle de législateur, la Cour de cassation s'est employée à fixer les cadres, le régime et les effets inhérents aux nullités<sup>143</sup>. Il en résulte aujourd'hui l'image d'une " mosaïque mouvante au gré des arrêts "<sup>144</sup>.

**423.** D'origine prétorienne, le droit positif des nullités s'inspire naturellement des besoins des praticiens dont les principales préoccupations sont, d'une part, la sauvegarde – autant que possible – des procédures irrégulières, et d'autre part, le contingentement des effets de la nullité. Les magistrats redoutent particulièrement la transmission de l'annulation d'une pièce au reste de la procédure, voire une remise en cause de l'ensemble du dossier. Pour conserver les procédures judiciaires, le législateur encadre strictement les requêtes en nullité à l'initiative des parties<sup>145</sup>. Les praticiens agissent directement sur la nature des nullités en procédant à des dénaturations conceptuelles, des créations prétoriennes et des renversements de jurisprudence<sup>146</sup>. Et lorsque la décision d'annulation est acquise, les magistrats peuvent encore agir sur l'étendue de la nullité. L'article 174 al.2 du Code de procédure pénale précise que « *la chambre de l'instruction décide si l'annulation doit être limitée à tout ou partie des actes ou pièces de la procédure viciée ou s'étendre à tout ou partie de la procédure ultérieure* », sous le contrôle de la Cour de cassation. En l'absence de dispositions spécifiques, ces principes sont également suivis devant la juridiction de jugement. La détermination de l'étendue d'une nullité découle de l'appréciation que font les magistrats du rapport unissant l'acte ou la pièce nul aux autres éléments de la procédure. Le principe exige que l'annulation d'un acte entraîne l'annulation de tous les actes subséquents<sup>147</sup> qui en dérivent. Toutefois, la jurisprudence a largement tempéré les conséquences de ce principe.

<sup>141</sup> Sans prétendre à l'exhaustivité, nous pouvons citer les articles 49 al.2, 59 al.2, 76, 78-3, 80-1, 82-1, 82-2, 100-7, 393 al.4, 495-14, 698-1, 696-10, 696-36, 706-35, 706-60, 706-83, 706-92, 706-93 du C. pr. pén.

<sup>142</sup> V. **HENNION-JACQUET**. Patricia. *Les nullités de l'enquête et de l'instruction : un exemple du déclin de la légalité procédurale*. Rev. pénit. 2003, n°1, p.7.

<sup>143</sup> L'édition de la loi à travers les jugements et les arrêts des juridictions pénales s'apparente définitivement à l'élaboration du droit au sein des pays de *common law*. Seulement cette immixtion du droit anglo-saxon dans un système pénal continental où la règle est écrite par un parlement constitue une aberration systémique contre nature. Elle conduit à une confusion des pouvoirs, susceptible d'abus et d'arbitraire.

<sup>144</sup> Cf. supra n°402 et s.

<sup>145</sup> Cf. supra.

<sup>146</sup> Cf. supra n°402 et s.

<sup>147</sup> L'extension de l'annulation est fondée sur l'existence d'un « rapport de subséquence » entre l'acte annulé et les actes ultérieurs de la procédure. V. Cass. crim. 22 janvier 1953. D. 1953, p.553, note Lapp ; Cass. crim. 23 juin 1999, Bull. crim. n°149.

424. L'étude de la jurisprudence montre une grande amplitude dans les décisions prises par les juridictions répressives. Elles oscillent entre la nullité du seul acte vicié et l'annulation de toute la procédure judiciaire subséquente. Cependant, la nullité restreinte à l'acte irrégulier est beaucoup plus fréquente que l'annulation totale de la procédure. De manière générale, les magistrats limitent autant que possible les effets de la nullité.

En premier lieu, l'annulation se limite aux seuls actes subséquents<sup>148</sup>. En toute hypothèse, la régularité des actes antérieurs ne peut être affectée par l'annulation d'actes ultérieurs. Ensuite, la chambre criminelle utilise le critère du « *support nécessaire* » pour déterminer le rapport de subséquence<sup>149</sup> qui existe éventuellement entre l'acte annulé et les autres actes de la procédure en cause. Ainsi, « *l'irrégularité d'un acte de procédure n'entraîne l'annulation d'autres actes postérieurs qu'à la condition que ces derniers aient pour support nécessaire l'acte annulé* »<sup>150</sup>. Dans la pratique, les juges recherchent les actes qui découlent ou dérivent de l'acte annulé. Ils examinent les liens de causalité directe entre les pièces de la procédure et fixent l'étendue de la nullité. Lorsqu'il s'agit d'une violation de règles d'ordre public, telles que l'incompétence du juge d'instruction<sup>151</sup> ou l'illégalité d'une interpellation<sup>152</sup>, la nullité emporte toute la procédure parce que les actes subséquents ont pour support nécessaire l'acte vicié. Mais ce critère se doit d'être exclusif pour être décisif.

En effet, la Cour de cassation considère qu'un lien de causalité direct entre l'acte annulé et des actes subséquents ne permet pas d'étendre la nullité à ces derniers, dès lors que ceux-ci trouvent aussi leur source ailleurs dans la procédure<sup>153</sup>. Il suffit de démontrer que ces actes résultent également d'un « *autre support* » non concerné par la nullité pour épargner ces derniers. Ainsi, la nullité d'une perquisition pratiquée en enquête préliminaire sans l'autorisation de la personne intéressée n'est pas étendue au réquisitoire définitif dès lors qu'il a été constaté que ce réquisitoire n'a pas pour seul support le procès-verbal annulé. De même, lorsqu'une mise en examen est annulée par la chambre de l'instruction en vertu de l'article 80-1 du Code de procédure pénale du fait d'une absence d'indices graves ou concordants, l'intéressé doit être considéré comme un témoin assisté à compter de son interrogatoire de première comparution, conformément à l'article 174-1 dudit Code. Une telle annulation doit entraîner celle de la mesure de placement en détention provisoire ou de contrôle judiciaire<sup>154</sup>. Cependant, les déclarations de la personne irrégulièrement mise en examen et devenue témoin assisté, restent parfaitement valables<sup>155</sup>.

Enfin, lorsque la juridiction parvient à circonscrire la nullité à un seul élément de la procédure, elle peut encore en limiter les effets au moyen d'une cancellation. En principe, les actes annulés sont retirés du dossier<sup>156</sup>. Le retrait est prononcé de manière indivisible à l'égard de toutes les parties. Cependant, il arrive qu'un acte ne soit que partiellement vicié.

---

<sup>148</sup> V. Cass. crim. 30 avril 1996, Bull. crim. n°182 ; Cass. crim. 04 janvier 2005, Bull. crim. n°3. Dr. pénal 2005, Comm. n°49, Obs. A. Maron.

<sup>149</sup> GUINCHARD, Serge., BUISSON, Jacques. op. cit. p.909.

<sup>150</sup> Cass. crim. 26 mai 1999, Bull. crim. n°106 ; Cass. crim. 10 décembre 2003, Bull. crim. n°243 ; Cass. crim. 12 avril 2005, pourvoi n°04-86.780.

<sup>151</sup> Cass. crim. 07 mars 1979, Bull. crim. n°98.

<sup>152</sup> Cass. crim. 01 septembre 2004, pourvoi n°04-80.362.

<sup>153</sup> Cass. crim. 04 octobre 1994, Bull. crim. n°313 ; Cass. crim. 04 février 2004, Dr. pénal 2004, Comm. n°75, Obs. A. Maron. DANET, Jean. op. cit. p.138.

<sup>154</sup> GUERRIN, Muriel. *Nullités de procédure*. Rép. pén. Dalloz, 2005, n°186.

<sup>155</sup> Juridiquement, le recueillement des déclarations entre le statut de mis en examen ou de témoin assisté est strictement identique, seules les mesures prises à l'issue de l'interrogatoire divergent. C'est la raison pour laquelle la circulaire précise qu'il n'est pas nécessaire de les retirer du dossier. Circ. du 20 décembre 2000, BOMJ n°80, § 1.1.1.1.2.

<sup>156</sup> Art. 174 al.3 du C. pr. pén.

L'exemple topique est le procès-verbal. Il fixe par écrit tous les actes accomplis au cours de l'enquête policière d'une part, et durant toute la procédure judiciaire, d'autre part. Ainsi, un ou plusieurs procès-verbaux peuvent contenir des citations ou des références à un acte irrégulier<sup>157</sup>. Doivent-ils être également annulés ? Il existe un risque réel de connaître des annulations en chaîne. Afin de discerner le régulier de l'irrégulier au sein d'un même acte, les praticiens ont adopté une solution médiane très pragmatique : la cancellation. Celle-ci consiste à rayer – pour les rendre illisibles – les passages annulés. Elle présente une alternative pratique entre deux solutions antinomiques insatisfaisantes. Validée par l'article 174 al.3 du Code de procédure pénale, la cancellation reste une solution qui permet de sauvegarder des éléments importants de poursuites.

À travers l'étude de notre droit positif, la dénaturation fonctionnelle des nullités associée à la démission du législateur ont conduit les praticiens à adapter en continu les règles d'application en matière de nullité afin de préserver un maximum de procédure, au prix d'une insécurité juridique omniprésente.

## **B – Une portée didactique incertaine**

**425.** L'absence de proportionnalité entre les irrégularités et les sanctions d'une part, et l'appréciation contestable du concept de « support nécessaire » fait par la Cour de cassation, d'autre part, font que les sanctions perdent une grande partie de leur crédibilité (1). Une réforme du régime des nullités est plus que nécessaire si le législateur souhaite véritablement conférer à ce type de sanction toute la portée de protection, de respect et d'équité qu'elle est censée posséder (2).

### *1) Des sanctions non crédibles*

**426.** La portée didactique des nullités est aujourd'hui fortement compromise par un niveau d'insécurité juridique prégnant et une mise en œuvre considérablement réduite en pratique<sup>158</sup>. La volonté prétorienne, au demeurant fort louable, d'affranchir un maximum de procédures de poursuites entachées d'irrégularités en multipliant les exceptions de fond et de formes au principe de la nullité des actes viciés, reste aujourd'hui majoritairement fondée juridiquement. Toutefois, avec la multiplication des mécanismes de filtre, la complexification des régimes, l'appréciation des critères d'application et la circonscription des effets, l'annulation des actes irréguliers est fortement réduite, au détriment du respect des droits de la défense.

L'analyse des nullités à travers notre triptyque des droits de la défense et des principes du contradictoire et de l'égalité des armes présente un certain parallélisme. Le renforcement des droits et des principes constaté au sein du procès pénal après les réformes de 1993 et 2000 est concomitant avec une aggravation des sanctions. Plus exactement, l'appréciation plus

---

<sup>157</sup> V. Cass. crim. 19 mars 2002, Bull. crim. n°63 ; Cass. crim. 02 février 2005, pourvoi n°04-86.805.

<sup>158</sup> Une quantité indéterminée mais néanmoins importante de décisions sont quotidiennement rendues malgré des irrégularités de procédure. Une grande partie est purgée par les délais inhérents à l'instruction. D'autres ne sont tout simplement pas soulevées par l'avocat pour des questions d'opportunité (procédure complexe pour des effets limités) parfois par manque de vigilance ou d'attention (temps insuffisant et endroit inadéquat à la consultation du dossier).

rigoureuse des nullités à l'égard des nouveaux droits participe incontestablement aux progrès et au respect de ces derniers. Cependant, il est difficile d'y discerner une véritable cohérence. Les juges font varier l'intensité et l'étendue des nullités en fonction des irrégularités. Parfois, ils considèrent l'application du contradictoire<sup>159</sup> comme un principe irréfragable. Tout retard ou absence dans sa mise en œuvre entraîne systématiquement la nullité de l'acte<sup>160</sup>. Comme l'exercice du principe se révèle particulièrement important à ces instants de la procédure, il est légitime que la jurisprudence sanctionne ces irrégularités par la nullité.

En revanche, dans des hypothèses – plus importantes en nombre et – comparables en matière d'intensité du principe, ils ne parviennent pas aux mêmes conclusions. Dans une majorité de cas, l'inexécution effective du principe n'entraîne pas la nullité de l'acte. L'absence d'un conseil auprès d'une personne mise en examen n'entraîne pas la nullité du procès-verbal dès lors que toutes les formalités relatives à sa convocation sont réalisées<sup>161</sup>. De même, les formalités de l'interrogatoire de première comparution, en ce qui concerne les mentions de faits et les qualifications juridiques portées au procès-verbal, ne sont pas considérées par la chambre criminelle comme nécessaires<sup>162</sup>. Enfin, l'inobservation des formalités prévues en matière de perquisition et de saisie n'encourt pas la nullité dès lors qu'aucune atteinte n'a été portée aux intérêts de la partie concernée. En l'espèce, ce n'est pas tant le principe lui-même qui interpelle, que l'appréciation qui est faite du critère de « *support nécessaire* » qui fonde son application<sup>163</sup>.

Dans ces hypothèses, les atteintes au principe ne sont pas – ou peu – sanctionnées par les magistrats. Pourtant son exercice se révèle tout aussi fondamental qu'au moment de la notification des droits en garde à vue. Il n'existe donc pas véritablement de relations proportionnelles entre l'intensité des irrégularités aux droits et aux principes, et les différents degrés de sanctions. Cette constatation n'est pas propre à notre triptyque, elle reste valable pour l'ensemble des principes généraux du droit processuel. De même, la volonté de préserver la validité de la procédure, des actes irréguliers qui la compose, constitue l'axiome transversal à ces principes. Il l'emporte en général sur la réaffirmation des principes généraux du droit processuel. Les intérêts pragmatiques à court terme prévalent sur la portée générale d'enjeux théoriques et durables<sup>164</sup>.

Cela étant cette vision conjoncturelle de la jurisprudence n'est pas sans connaître d'effets pervers à plus long terme. Le fait de ne pas sanctionner suffisamment par la nullité les irrégularités de procédure, comme le principe de la légalité l'exigerait si un texte législatif existait, risque de réduire la force des principes généraux du droit et *in fine* des droits de la

---

<sup>159</sup> Nous prenons l'exemple du principe du contradictoire car il existe encore trop peu de jurisprudence en nullité pour une atteinte au principe de l'égalité des armes.

<sup>160</sup> « Selon l'article 63-1 du Code de procédure pénale, l'OPJ a le devoir de notifier les droits attachés au placement en garde à vue dès que la personne concernée se trouve en état d'en être informé. En conséquence, doit être annulé le procès-verbal d'audition d'une personne arrêtée en flagrant délit et entendue après dégrisement, mais sans avoir reçu notification de ses droits ». Cass. crim. 04 janvier 1996, Bull. crim. n°5 ; Cass. crim. 02 mai 2002, pourvoi n°01-88.453 ; « Les formalités imposées par l'article 197 du Code de procédure pénale de notifier aux parties et à leurs avocats la date de l'audience où sera appelée une cause soumise à la chambre d'accusation est essentielle aux droits des parties et doit être observée à peine de nullité ». Cass. crim. 15 octobre 1996, Bull. crim. n°362.

<sup>161</sup> Cass. crim. 11 juillet 1990, Bull. crim. n°282 ; V. Audition de Me C. Matrat-Maenhout, avocat de M. Thierry Dausque in Rapport de l'Assemblée nationale n°3125 par P. Houillon du 06 juin 2006 au nom de la Commission d'enquête dans l'affaire dite d'Outreau, t.2, p.181 et s.

Disponible sur : <http://www.assemblee-nationale.fr/12/rap-enq/r3125-t2.asp> [consulté le 08/07/2007]

<sup>162</sup> Cass. crim. 05 décembre 2001, pourvoi n°00-86.490.

<sup>163</sup> Cass. crim. 17 septembre 1996, Bull. crim. n°316 ; Cass. crim. 04 novembre 2004, pourvoi n°00-81.652. À mettre en parallèle avec l'appréciation contestable du concept de « support nécessaire ». Cf. infra n°427.

<sup>164</sup> Cf. supra n°407 et s.



défense en simple recommandation. Pourquoi s'attacher au respect des principes et des droits lorsque les irrégularités ne sont pas ou si faiblement sanctionnées ? Cette interrogation est parfaitement légitime au regard de la jurisprudence. Les sanctions ne sont pas à la hauteur des atteintes constatées. Il en résulte une portée didactique des nullités, forcément minimaliste.

**427.** Aussi minimaliste qu'elle soit, cette portée disparaît définitivement lorsque la chambre criminelle détourne manifestement ses propres concepts afin de sauvegarder une procédure – ou contrebalancer les avantages octroyés à la défense dans l'établissement du grief<sup>165</sup> –. Pour parvenir à ses fins, elle retient une acception contestable et critiquée du concept de « *support nécessaire* » qui consiste à appréhender chaque élément de la procédure judiciaire comme un acte autonome et parfaitement indépendant des autres pièces. Elle considère ainsi qu'une chambre de l'instruction peut annuler une garde à vue et estimer que cette irrégularité n'affecte pas la mise en examen et le placement en détention subséquent « *dès lors que, d'une part, la garde à vue n'est pas le préalable à ces actes, et que, d'autre part, le juge d'instruction n'a pu fonder sa décision que sur les pièces antérieures à celles annulées, la personne gardée à vue n'ayant fait aucune déclaration au cours de l'exécution de cette mesure* »<sup>166</sup>. Une garde à vue n'est pas effectivement une mesure préalable et nécessaire à une mise en examen. Toutefois, en pratique, les éléments recueillis au cours de la première sont en général, non seulement à l'origine de la seconde, mais ils servent de base à son développement. Le juge d'instruction prépare son interrogatoire et sa décision de mise en examen à partir des éléments de preuve établis en garde à vue, telles que les déclarations du prévenu, les perquisitions et les saisies. De même, le magistrat instructeur prend nécessairement en compte les investigations policières avant de proposer au juge des libertés et de la détention une mise en détention. Il existe un lien incontestable entre les investigations policières et les décisions prises à l'instruction. Nonobstant ces relations, en l'espèce, la chambre criminelle décide de les isoler l'une de l'autre afin de circonscrire strictement l'étendue de la nullité<sup>167</sup>. Les attendus très circonstanciés de l'arrêt laissaient entendre qu'il s'agissait davantage d'une décision isolée que de l'amorce d'un retour en arrière sur la sévérité de la chambre criminelle quant à l'examen de la validité de la garde à vue et de ses conséquences.

**428.** Or, l'émergence d'une appréciation encore plus restrictive du concept de « *support nécessaire* » se confirme avec le démembrement des actes réalisés en garde à vue. Dans deux arrêts<sup>168</sup>, la chambre criminelle approuve la chambre de l'instruction d'avoir considéré que la perquisition n'avait pas pour support nécessaire la garde à vue annulée, et refusé d'étendre l'annulation de cette mesure. Elle justifie son appréciation en précisant que « *la régularité d'une perquisition qui n'exige pas le placement en garde à vue de la personne concernée, ne se trouve pas affectée par l'irrégularité de cette mesure qui n'est pas le préalable nécessaire de la perquisition* »<sup>169</sup>.

<sup>165</sup> Cf. infra n°429 et s.

<sup>166</sup> Cass. crim. 26 mai 1999, Bull. crim. n°106.

<sup>167</sup> « Il est vrai que dans ce cas particulier, l'intéressé n'avait fait aucune déclaration lors de sa garde à vue, il est vrai aussi que la chambre d'accusation, comme la chambre criminelle, prennent toutes deux le soin de longuement expliquer que garde à vue et mise en examen sont deux actes indépendants l'un de l'autre ». Dr. pénal 1999, chron. n°28, Obs. C. Marsat.

<sup>168</sup> Cass. crim. 22 juin 2000, Bull. crim. n°242 ; Cass. crim. 12 septembre 2000, Juris Data n°006310. Procédures 2001, Comm. n°14, Obs. Buisson.

<sup>169</sup> La chambre de l'instruction « *a souverainement analysé les pièces de la procédure pour en déduire qu'aucune d'entre elles n'avait été affectée par l'irrégularité initiale de la garde à vue* ».

Comme le remarquent les auteurs<sup>170</sup>, s'il est vrai en règle générale qu'une perquisition peut être opérée en dehors de toute garde à vue<sup>171</sup>, il n'en demeure pas moins qu'en l'espèce, la perquisition en cause avait été accomplie pendant l'exécution de la garde à vue annulée<sup>172</sup>. Jusqu'alors, la pratique courante consistait à étendre l'annulation d'une garde à vue aux perquisitions exécutées pendant la durée de cette mesure, au motif qu'ayant permis l'exécution de celles-ci, la garde à vue en était le support nécessaire. En décidant d'exclure de manière péremptoire la perquisition et les saisies du régime de la garde à vue, elle préserve des actes nécessaires à la validité des poursuites. Mais en contrepartie, la Cour procède au démembrement des actes protégés par le régime juridique de la garde à vue.

Si l'on applique ce même raisonnement aux auditions, ces dernières aussi peuvent parfaitement être recueillies en dehors de toute garde à vue. Faut-il en conclure que l'irrégularité d'une garde à vue ne s'étend pas aux auditions qui la contiennent au motif qu'elles connaissent une existence juridique en dehors de ce cadre processuel spécifique ? La garde à vue ne reste-t-elle pas pour autant le préalable nécessaire aux auditions lorsque la contrainte est présente comme pour les perquisitions et les saisies ?

Telle n'est pas la position jurisprudentielle de la Cour de cassation. Dernièrement celle-ci a accentué le morcellement des actes de la garde à vue en considérant que « *la nullité de la garde à vue ne peut affecter la régularité des procès-verbaux d'interpellation et de dépôt de plainte puisque l'acte annulé est postérieur aux actes concernés* »<sup>173</sup>.

**429.** L'appréciation restrictive opérée par la Cour de cassation sur les effets des nullités tend à fortement limiter l'étendue de celles-ci aux autres actes et pièces de la procédure. Lorsque l'on y ajoute les conditions d'accès difficiles, les règles de forme particulièrement complexes et la relativité des sanctions, l'opportunité d'une requête en nullité se pose. Elle se pose pour la défense des intérêts conjoncturels du justiciable<sup>174</sup>, mais surtout elle se pose à l'égard des droits de la défense et des grands principes de droit processuel. La faiblesse des sanctions, par son intensité et son étendue vis-à-vis des atteintes aux droits et principes, d'une part, démontre la faible importance de ces derniers, et d'autre part, encourage les acteurs du procès à ne plus les respecter. Non seulement la portée générale des nullités est fortement restreinte de par son exercice, mais elle se révèle destructrice des droits et des principes qu'elle est censée protéger à plus long terme.

## 2) Les nécessités d'une réforme

**430.** Des caractéristiques aux effets, en passant par le régime juridique, l'ensemble des éléments relatifs aux nullités exige l'intervention du législateur. Les praticiens eux-mêmes

---

<sup>170</sup> GUINCHARD, Serge., BUISSON, Jacques. op. cit. p.909.

<sup>171</sup> Cass. crim. 13 avril 1999. Procédures 1999, Comm. n°185, Obs. Buisson.

<sup>172</sup> L'annulation d'une garde à vue ne s'étend pas à la perquisition ou à la fouille accomplie concomitamment à cette mesure, dès lors que la garde à vue n'en est pas le support nécessaire et que l'irrégularité qui l'affectait ne s'est pas étendue à ces actes. Cass. crim. 31 octobre 2001, Juris-Data 011769.

<sup>173</sup> Cass. crim. 06 mai 2003, JCP 2003, IV, n°2176, p.1229 ; Cass. crim. 04 janvier 2005, Bull. crim. n°3. D. 2005, jurisp. note J-L. Lennon, p.762. Dr. pénal 2005, Comm. n°49, Obs. A. Maron.

<sup>174</sup> Les demandes en nullité connaissent un intérêt proportionnel aux conséquences très réduites des sanctions relatives aux irrégularités. L'axiome de préserver la validité des poursuites étant fortement présent dans notre droit positif, l'intérêt d'une requête en nullité tend à s'amenuiser.

appellent de leurs vœux une réforme de cette institution devenue trop complexe, arbitraire, voire inégale.

L'analyse de la jurisprudence en matière de nullité trahit une prise de position antinomique de la chambre criminelle. Elle se traduit par le fait que la Cour de cassation se montre parfois bienveillante vis-à-vis d'une demande en nullité pour mieux en circonscrire restrictivement les effets et la portée. L'exemple topique de ce comportement paradoxal s'illustre parfaitement à travers la jurisprudence de la garde à vue. L'appréciation retenue par les magistrats du droit en cette matière est particulièrement rigoureuse, comme le démontre l'affirmation selon laquelle « *tout retard dans l'accomplissement de la notification des droits du gardé à vue, non justifié par une circonstance insurmontable, porte nécessairement atteinte aux intérêts de la personne concernée* »<sup>175</sup>.

La présomption irréfragable de faute, particulièrement favorable au gardé à vue, établit une position qui dépasse assurément la lettre de l'article 63-1 du Code de procédure pénale. La carence ou l'insuffisance dans la mise en œuvre du principe revient à établir une présomption de nullité. La systématique de la sanction en lien avec le défaut d'application absolue du contradictoire nous permet d'affirmer que la Cour de cassation considère manifestement ce principe comme substantiel, et qu'elle entend le faire respecter, en menaçant son inexécution de la sanction la plus sévère. Elle envoie un message explicite aux OPJ d'une portée proportionnelle au degré de la sanction.

Pourtant, dans la continuité de la procédure, elle anéantit toute véritable portée à la nullité – en en limitant restrictivement les effets et l'étendue<sup>176</sup> –, et par conséquent au respect du principe. Finalement, il semblerait que la Cour ne soit pas totalement indifférente aux résistances des juges du fond<sup>177</sup>, et aux mouvements de l'opinion publique. Pour des raisons que l'on ignore, elle ne procède pas à une adaptation de sa jurisprudence en adoptant une position plus conforme au texte. Elle décide au contraire de maintenir son appréciation *ultra petita* de la loi, en amont des nullités, pour mieux en circonscrire les effets et l'étendue, en aval<sup>178</sup>.

Cette prise de position antinomique et paradoxale est difficile à maintenir et plus difficile encore à légitimer. Quel est le but poursuivi ? Pourquoi le degré de complaisance à l'égard de la défense au niveau de la charge de la preuve est-il inversement proportionnel à celui établi pour prescrire ses effets et son étendue ?

**431.** La jurisprudence démontre également certaines carences en matière de contrôle juridictionnel de l'excès de pouvoir judiciaire<sup>179</sup>. Pour illustrer notre propos, nous nous contenterons d'examiner l'exemple le plus significatif de notre procédure pénale : le placement d'une personne en garde à vue. Parmi tous les actes judiciaires, la décision de priver un individu de sa liberté d'aller et venir revient à un OPJ, sous le contrôle téléphonique d'un magistrat du parquet<sup>180</sup>. N'y a-t-il pas atteinte au principe de l'égalité des armes, un

<sup>175</sup> Cass. crim. 02 mai 2002, pourvoi n°01-88.453.

<sup>176</sup> Cf. supra.

<sup>177</sup> V. la nombreuse jurisprudence en la matière sous l'article 63-1 du C. pr. pén.

<sup>178</sup> Cette position antinomique de la chambre criminelle fait dire à l'auteur que « *la main droite de la Cour de cassation sait parfaitement ce que fait sa main gauche* ». Cass. crim. 26 janvier 2000, Dr. pénal 2000, Comm. n°95, Obs. A. Maron.

<sup>179</sup> BUISSON, Jacques. *L'annulation des actes de police judiciaire pour excès de pouvoir*. Procédures 1997, chron. n°8, p.3.

<sup>180</sup> La décision de placer en garde à vue une personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction relève d'une faculté que l'OPJ tient de la loi et qu'il exerce, dans les conditions qu'elle définit, sous le seul contrôle du Procureur de la

risque de partialité en octroyant au magistrat à l'origine des poursuites, le contrôle de la mesure. Il est à la fois juge et partie, même si en pratique, il faut reconnaître que la décision de placement en garde à vue revient *ab initio* à l'OPJ.

Cette décision particulièrement attentatoire aux libertés individuelles bénéficie, de par la loi, d'une mise en œuvre relativement aisée puisqu'il suffit « *une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction* » pour valider le placement. En revanche, la proportionnalité de la mesure au regard du délit reproché échappe totalement à l'appréciation des juges. L'article 63 précise que l'OPJ peut en user « *pour les nécessités de l'enquête* », terme particulièrement large qui autorise la garde à vue pour toute infraction sans autre contrôle que celui de la légalité formelle, ni autre considération tenant à l'adéquation de la contrainte vis-à-vis de la situation factuelle<sup>181</sup>. Comme le fait assez justement observer l'auteur<sup>182</sup>, il est permis de s'interroger sur l'opportunité pour les magistrats du siège d'apprécier la nécessité des mesures coercitives employées par les services de police en fonction des circonstances factuelles de chaque affaire. Cette question mérite d'être posée car l'usage de la force publique échappe à la censure judiciaire<sup>183</sup>, aujourd'hui encore.

**432.** La procédure en nullité renvoie l'image d'une justice complexe et inéquitable, avec des catégories floues et des effets limités. Il en résulte une insécurité juridique omniprésente qui se traduit par des prises de position paradoxales ou des carences d'interprétation pour la chambre criminelle. Aussi est-il difficile d'attribuer, dans ces conditions d'application, une véritable portée à la sanction. L'adaptation continue du régime des nullités aux besoins conjoncturels du praticien se réalise au détriment du respect des droits de la défense et des principes du contradictoire et de l'égalité des armes d'une part, et de la fonction didactique des nullités, d'autre part.

La réforme du régime des nullités est devenue une nécessité. Elle est nécessaire pour recouvrer une sécurité juridique. Elle implique une redéfinition précise de chaque élément des différents régimes et catégories de nullités. Elle est nécessaire pour conférer toute la portée utile à la sanction. Elle signifie le rétablissement d'un juste équilibre entre les enjeux à court terme de la sauvegarde de la répression et les intérêts à plus long terme du respect des droits de la défense et des principes du contradictoire et de l'égalité des armes.

## CONCLUSION CHAPITRE 1

---

République, ou le cas échéant du juge d'instruction. Cass. crim. 04 janvier 2005, Bull. crim. n°3. D. 2005, jurispr. p.761, Obs. J-L. Lennon ; Dr. pénal 2005, Comm. n°49, Obs. A. Maron.

<sup>181</sup> SAINT-PIERRE, François. *Le véritable enjeu des contrôles juridictionnels de la légalité des procédures pénales : la « sûreté » des justiciables*. AJ pénal 2005, p.182.

<sup>182</sup> Ibid. idem.

<sup>183</sup> Cass. crim. 09 juillet 2003, inédit, pourvoi n°02-85.899.

**433.** L'examen du triptyque à travers ses composantes et ses sanctions démontre la relativité des principes, la circonscription des droits et surtout, il définit une marge de progression intéressante.

Le développement des principes du contradictoire et de l'égalité des armes n'est ni infini, ni absolu. Chacun d'eux connaît des limites conceptuelles propres qu'il ne peut dépasser. L'étude comparée de ces limites sur un plan pratique et théorique nous informe que l'écart entre les deux plans tend à se rapprocher, notamment pour le contradictoire, qui démontre une intégration au système pénal plus importante que l'égalité des armes. Elle précise en outre que les principes disposent d'une marge de développement variable avant d'atteindre leurs limites théoriques, notamment l'égalité des armes, qui possède un champ d'application étendu.

L'étude du lien qui relie le principe du contradictoire et l'égalité des armes démontre une relation particulièrement complexe en raison de sa nature paradoxale. Ils partagent de nombreux éléments tels le champ d'application judiciaire, une communauté d'intérêts à garantir les droits de la défense. Ils n'en demeurent pas moins des concepts distincts et autonomes. Plutôt qu'en concurrence, ces principes apparaissent complémentaires ce qui étend leurs propres limites, accentue leurs puissances tout en préservant leurs singularités. Ils constituent ainsi des outils efficaces, des moyens de protection substantiels, supports nécessaires au respect des droits de la défense.

**434.** Le régime actuel des nullités constitue une limite sérieuse aux développements des droits et des principes. Les régimes sont imprécis, la procédure est complexe, les interprétations des critères fluctuent et les effets sont limités. La propension des juridictions à circonscrire l'application et les effets des nullités au profit d'intérêts conjoncturels légitimes, tels que la préservation d'une procédure, se réalise au détriment du respect des droits et des principes. Les risques d'aggravation d'une telle dérive jurisprudentielle ne sont pas négligeables, comme le démontre l'évolution de l'interprétation du critère de « *support nécessaire* ».

Cependant, les droits et les principes disposent d'une marge de progression tout aussi importante. Les limites que représentent aujourd'hui les régimes des nullités ne sont pas irréfragables. Elles peuvent même devenir des facteurs de leurs développements. En effet, une intervention *a minima* du législateur pour redéfinir précisément les régimes et les conditions d'application des nullités permettrait de contenir toute dérive jurisprudentielle, et garantirait surtout la sécurité juridique aux parties. La certitude<sup>184</sup> de la sanction à l'occasion des irrégularités de procédure engendrerait assurément, dans un premier temps, des annulations de procédure. Pour prévenir de tels effets, les OPJ et les magistrats du parquet n'auront qu'à se conformer davantage au respect des droits et des principes sans qu'ils n'encourent pour cela une quelconque baisse de la répression.

Le respect des droits de la défense et des principes du contradictoire et de l'égalité des armes ne sont nullement antinomiques à l'efficacité de la répression. Ils sont les garanties d'une justice de qualité, d'une justice équitable.

---

<sup>184</sup> Par opposition au caractère aléatoire des sanctions actuelles.

## CHAPITRE 2 – Les limites extra systémiques

À propos de la liberté de la presse, « *je l'aime par la considération des maux qu'elle empêche bien plus que pour les biens qu'elle fait* ». Alexis de Tocqueville. La démocratie en Amérique, p. 275.

**435.** Les droits de la défense garantis par l'exercice des principes du contradictoire et de l'égalité des armes connaissent une amplitude d'intensité et d'étendue qui varie autant en fonction de contingences internes au système, qu'en raison de contraintes extérieures. Notre triptyque n'évolue ni en autarcie, ni dans un espace neutre. Il s'inscrit dans un système pénal transcendant d'enjeux partisans et antinomiques au sein duquel se nouent des réseaux d'influence, se jouent des rôles, et s'échangent des informations. Au plan systémique, il s'apparente à un sous-système du système pénal, une interface en connexion avec d'autres sous-systèmes interagissant les uns avec les autres. Son mode de fonctionnement agit sur l'ensemble du système et inversement. En conséquence, l'environnement dans lequel il évolue l'oblige à prendre en compte des contingences exogènes.

**436.** Parmi l'ensemble des éléments extérieurs en relation avec les droits et les principes, en se basant sur un critère de pertinence, le journaliste et le politique sont les deux principaux agents influant sur notre triptyque. Avec les progrès des nouvelles technologies, un temps de réaction extrêmement court et des sources d'information proches de l'enquête, les médias<sup>1</sup> traitent les affaires pénales en temps réel, sans aucune considération pour les droits ou les procédures. Ils s'immiscent dans la sphère réservée de la procédure pénale. Ils s'arrogent le pouvoir des institutions et se proclament juge et partie à la fois. Désormais, ils troublent le cours des procédures judiciaires et maltraitent les droits de la défense. Qui du législateur ou du juge prendra la responsabilité d'en sanctionner efficacement les dévoiements ?

Avec la multiplication des procédures d'exception et une insuffisance chronique des moyens en matériel et en personnel, l'action du législateur influe également sur le fonctionnement des droits et des principes. Il redéfinit leurs champs d'application et il détermine budgétairement les modalités concrètes de leurs exercices. Et malgré certains efforts, ces choix de politique criminelle et budgétaire demeurent contestables tant sur le plan des droits que des principes.

**437.** Aussi, convient-il d'examiner la portée de l'ingérence des médias (SECTION 1), avant d'apprécier successivement les choix de politique criminelle et budgétaire de notre législateur (SECTION 2).

---

<sup>1</sup> FRANCILLON, Jacques. *Médias et droit pénal : Bilan et perspectives*. Rev. sc. crim. 2000, p.59 ; V. Dossier AJ pénal, janvier 2007, Liberté de la presse et procès pénal, p.9 et s.

## Section 1 – L’ingérence des médias

**438.** Le phénomène de délocalisation du procès pénal dans les médias ne s’accompagne pas des garanties nécessaires à la protection des droits de la défense. La pluralité de la presse ne remplacera jamais la contradiction du procès. De même, la volonté de transparence revendiquée par les journalistes ne se substituera jamais au principe d’égalité des armes dans la protection des droits. Les univers judiciaires et médiatiques sont résolument différents dans leur nature, dans leur fonctionnement et quant aux buts poursuivis, ce qui n’empêche nullement de traiter des mêmes sujets à condition que le traitement de l’un n’influence pas celui de l’autre. Or, l’ingérence médiatique dans les procédures judiciaires en cours est continue. Elle interfère gravement dans le processus de résolution des litiges et nuit gravement aux droits de la défense (§1).

La liberté de la presse se présente comme une limite attentatoire aux libertés individuelles. Fort heureusement, sa nature est relative, et non irréfragable, pour la protection des droits de la défense. Cette confrontation conduit ces derniers à développer des capacités de résistance telles que le secret de l’instruction. Sous l’impulsion du législateur, et plus vraisemblablement du droit dérivé européen, le rapport de force entre les libertés peut se renverser et tendre à un nouvel équilibre, si et seulement si, on accepte d’encadrer *a minima* la liberté de la presse (§2).

### § 1 – Les atteintes aux droits de la défense

**439.** L’examen des médias sous l’angle des principes du contradictoire et de l’égalité des armes nous indique qu’ils constituent à la fois une limite et une atteinte aux droits de la défense. D’une part, les conditions nécessaires à l’application des principes ne sont pas réunies au sein de l’univers médiatique (A). D’autre part, le mode de fonctionnement de la presse n’est respectueux ni des principes ni des droits (B).

#### A – Des principes ignorés des médias

**440.** Les principes du contradictoire et de l’égalité des armes ne sont pas transposables à la scène médiatique. Sous le protectorat de la liberté de penser et du droit à l’information, les médias s’érigent de plus en plus en concurrents de la justice pénale. D’une étroite collaboration dans les années soixante-dix et quatre-vingt au moment des affaires politico-financières, leurs relations ont progressivement changé de nature pour devenir aujourd’hui de véritables rivaux dans la recherche de la vérité. Si la pluralité d’institutions favorise la contradiction, en réalité, les médias exercent une concurrence déloyale vis-à-vis de la justice sur le fondement fallacieux et apparent de la transparence.

L’œuvre de l’esprit du journaliste, quel qu’en soit le support, aussi fidèle soit-elle au procès, ne parviendra jamais à rendre compte de la contradiction et de l’équité inscrites dans la procédure. Pourquoi ? Parce que les principes et les droits exigent des conditions d’application dont l’univers médiatique ne dispose pas ou ne souhaite pas mettre en œuvre. En conséquence, le contradictoire est inappliqué (1) et l’égalité des armes, inapplicable (2).

### 1) Un contradictoire inappliqué

**441.** La scène médiatique ne connaît pas de manifestations du principe du contradictoire comparables à celles du procès pénal. Pourtant, l'une et l'autre ont en commun la fonction d'informer. Le droit de savoir est l'une des principales composantes du principe<sup>2</sup>, élément essentiel et préalable à toute protection efficace des droits de la défense. De même, le droit d'informer constitue l'objet primordial des mass médias. Ils communiquent et diffusent les informations à l'opinion publique. Néanmoins, il est essentiel de dépasser les apparences afin de démontrer les réelles antinomies. Le principe du contradictoire ne peut pas s'appliquer à l'environnement médiatique en raison de différences de nature, de finalités et d'enjeux.

À l'origine, il s'agit d'un principe de droit exclusivement processuel. Son champ d'application se confond naturellement avec celui du procès. Exceptionnellement, il s'exporte hors le procès, dans le cadre plus général des règlements des litiges. Néanmoins, la règle des trois unités de temps, d'espace et d'acteur reste immuable. En effet, pour que le principe du contradictoire soit opérant – et qu'une situation contradictoire ou non, soit comparable à une autre –, il faut nécessairement la conjonction simultanée de ces trois éléments. Le temps, l'espace et les acteurs forment le triptyque à l'origine du débat contradictoire. Or, la scène médiatique n'en dispose pas<sup>3</sup>.

**442.** Bien que l'unité de temps soit une donnée universelle, partagée invariablement par les médias et la justice, ces derniers ne présentent pas la même approche à l'égard de ce facteur en matière judiciaire<sup>4</sup>. Pour des raisons liées aux progrès technologiques, à la liberté de l'information et à des contraintes marchandes irrésistibles, la presse traite de l'actualité pénale en temps réel et en réaction aux faits divers alors que l'institution judiciaire décide d'agir dans le temps des investigations et de la réflexion<sup>5</sup>.

Dans la procédure, le temps est rythmé par les différentes phases du procès durant lesquelles le contradictoire s'inscrit parfaitement sous différentes manifestations : par écrit au travers du dossier pénal ou oralement lors de l'audience, en différé pour réfléchir aux arguments et préparer sa défense ou en direct pour réagir aux allégations de la partie adverse. Quelle que soit sa forme, il s'applique invariablement dans le temps selon un rythme dicté par les phases du circuit judiciaire emprunté.

La presse ne connaît pas cette rythmique du temps pour laisser s'exprimer le contradictoire. Elle livre davantage une course contre le temps dans laquelle le principe est non seulement ignoré mais également inapplicable. Le rythme de l'actualité judiciaire est très irrégulier et aléatoire. Parfois, il suit en parallèle celui de la justice ou le devance mais il peut également s'arrêter discrétionnairement. L'absence de cycle régulier dans la presse ne permet pas d'appliquer le principe.

Ensuite, la justice procède à une gestion rationnelle du temps. Elle fait varier la durée d'enquête et d'audience en fonction de la gravité de l'infraction, de la force probante des

---

<sup>2</sup> Cf. supra n°376.

<sup>3</sup> « Les médias désintègrent l'unité de temps, de lieu et d'action sur laquelle s'échafaude la scène judiciaire. Or, si personne – juges ou jurés, avocats, procureurs – n'entend la même chose, aucune vérité n'est possible ». **GARAPON**, Antoine. *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*. Éd. O. Jacob, 1997, p.280.

<sup>4</sup> Comme le dit Pierre Truche : « Le temps de la justice n'est pas celui des médias à un double titre : il n'est pas pensable que la presse attende la phase publique d'un procès pour rendre compte d'une affaire... en outre, quel média peut consacrer à une affaire le temps de la justice ? » in **LECLERC**, Henri., **THEOLLEYRE**, Jean-Marc. *Les médias et la justice. Liberté de la presse et respect du droit*. CFPJ Éd. 1996, p.12.

<sup>5</sup> « Le temps du politique n'est pas le temps du juridique, qui n'est pas le temps du médiatique. La volonté de connaître aux pieds ailés court plus vite que la faculté de comprendre et chasse la vie devant soi, sans balayer devant sa porte ». Le monde du 06 novembre 1999, par Blandine Kriegel.



éléments inscrits au dossier, ou de la qualité des parties. À l'inverse les médias opèrent, en parallèle, une simple gestion événementielle et linéaire de celui-ci. La justice laisse le temps aux différents intervenants de travailler successivement sur le dossier. Policiers, médecins, experts, travailleurs sociaux, avocats et magistrats prennent le temps de la lecture, de l'examen et de la réflexion. S'il nous faut reconnaître certaines insuffisances sur ce point telles que les comparutions immédiates, ils bénéficient toujours de plus de temps que leur gestion en temps réel dans les médias.

Enfin, il existe une différence d'appréciation sur l'opportunité à divulguer une information. Dans le rapport temps-information, la presse revendique une obligation à la transparence en partant du principe que « *tout différé est a priori suspect* »<sup>6</sup>. Or, la justice, non seulement ne connaît pas, et n'est pas soumise à une telle obligation de transparence immédiate, mais elle exige, au contraire, une certaine discrétion quant aux résultats de l'enquête, si ce n'est un secret absolu à l'égard des investigations menées pendant l'instruction. Est-il besoin de rappeler le caractère primordial du secret des investigations pendant l'enquête ? La publicité prématurée d'une information complique le travail de la justice et parfois même, le rend impossible, en raison de l'altération des preuves ou de la déperdition des indices sur la scène de crime, ou encore du changement d'attitude chez le mis en cause. La contradiction qui s'exerce entre les parties au sein du cabinet d'instruction ne doit pas se confondre avec la publication des informations dans la presse. Si l'on devait comparer ces deux situations, elles auraient uniquement en commun la transmission de l'information. Ce qu'il nous faut immédiatement relativiser puisque les informations présentes dans la presse seront toujours partielles et donc partiales par rapport à l'intégralité du dossier consultable par les parties dans le cabinet du magistrat.

Le temps judiciaire ne connaît pas d'équivalent dans la presse. Le rapport au temps et le traitement de l'information expliquent pourquoi le principe du contradictoire ne s'applique pas à la scène médiatique.

**443.** Dans le rapport à l'espace, les médias multiplient à l'infini la scène médiatique alors que la justice se concentre exclusivement dans l'enceinte des palais de justice. Les progrès technologiques ont profondément modifié l'univers de la communication, et par voie de conséquence, accentué le phénomène de délocalisation de la scène judiciaire dans les médias<sup>7</sup>. La presse écrite, la radio, la télévision, la téléphonie et l'internet forment les principaux moyens de diffusion de l'information qui font qu'aujourd'hui, la scène médiatique se conjugue nécessairement au pluriel. Le public peut lire, entendre ou voir les éléments d'une affaire judiciaire de son domicile, au travail, en voiture ou dans les transports en commun, et plus généralement de n'importe quel endroit sur le globe, à partir du moment où il possède le moyen de communication adéquat pour y accéder. En définitive, le terme de scène médiatique correspond à une abstraction générique indéfinie dans l'espace connaissant des manifestations partout et nulle part à la fois.

La situation est paradoxale mais cette réalité prohibe toute application du contradictoire. Une salle de presse, un plateau de télévision ou un site internet aussi définis soient-ils dans l'espace, ne constituent pas la scène médiatique mais seulement une partie, une manifestation matérielle et surtout ponctuelle de celle-ci. En outre, un article de presse, une intervention à la radio ou un reportage audiovisuel, aussi pluralistes soient-ils, ne permettent pas l'échange d'informations ou d'arguments. Le sens de circulation de l'information est généralement unilatéral. Certains relèveront à juste titre que le débat, en tant qu'exercice de style, ne connaît pas de manifestations exclusivement judiciaires, il s'applique à la télévision, à la radio ou à

<sup>6</sup> GARAPON, Antoine. loc. cit. p.271.

<sup>7</sup> GARAPON, Antoine. in *ibid.*

travers les forums sur internet en répondant au critère de lieu et de temps du principe. Néanmoins, il reste relativement marginal comme moyen d'information au sein des médias, et surtout il n'aura jamais les traits d'un contradictoire judiciaire, faute de réunir l'ensemble des acteurs au procès. Aussi, le caractère indéfini de la scène médiatique d'une part, et le trait unilatéral de l'information d'autre part, ne constituent nullement des obstacles d'une nature irrésistible à l'exercice du contradictoire. Cependant, ils représentent des obstacles sérieux pour la majorité des médias en raison de la lourdeur logistique inhérente à son application.

À l'opposé, la scène judiciaire est parfaitement déterminée et semble résolument immuable dans l'espace. Certes, elle peut également se conjuguer au pluriel en raison de la répartition des juridictions sur l'ensemble du territoire national. Si le nombre exact est difficile à déterminer<sup>8</sup>, la scène judiciaire n'en demeure pas moins identifiée au sein des palais de justice. Contrairement au caractère provisoire de la scène médiatique, l'espace judiciaire reste constant dans le temps. Aujourd'hui, l'espace traditionnel du débat contradictoire reste majoritairement le bureau du juge, l'audience ou encore la salle réservée à cet effet dans les établissements pénitentiaires. Seulement, la notion de localisation unique du principe n'est pas immuable.

Avec les nouvelles technologies, la notion traditionnelle de l'espace connaît une véritable révolution, puisqu'elle est substituée par celle de réseau. Depuis la loi du 15 novembre 2001, lorsque les nécessités de l'enquête ou de l'instruction le justifient, l'audition ou l'interrogatoire d'une personne ainsi que la confrontation entre plusieurs personnes peuvent être effectués en plusieurs points du territoire de la République au moyen de la vidéoconférence<sup>9</sup>. D'un point de vue strictement géographique, le débat se déroule simultanément sur plusieurs sites, mais la mise en réseau de chacun de ces lieux permet l'exercice du contradictoire. Elle annihile les distances afin de reconstituer un espace unitaire où chacune des parties peut discuter et échanger des arguments avec les autres.

Cette manifestation particulière du contradictoire à travers un réseau de télécommunication est propre aux institutions judiciaires, et inapplicable à l'univers médiatique en raison du nombre restreint de personnes.

**444.** Le contradictoire ne s'applique pas à l'univers médiatique en raison de la dissemblance d'identité des parties. À aucun moment, les médias n'ont la possibilité de réunir l'ensemble des protagonistes intervenant dans le procès pénal.

Les parties qui font le choix de s'exprimer dans la presse ne sont pas rigoureusement identiques à celles qui participent à la procédure judiciaire pour des raisons à la fois d'opportunité et de prohibition. L'ensemble des acteurs au procès pénal ne dispose pas d'une égale liberté d'expression en dehors de l'enceinte judiciaire. Durant les phases d'enquête et d'instruction, les personnes qui concourent à la procédure – c'est-à-dire les magistrats, les enquêteurs et les experts – sont tenues au secret professionnel dans les conditions prévues aux articles 226-13 et 226-14 du Code pénal. À cette prohibition pénale s'ajoute généralement une interdiction disciplinaire inhérente à la déontologie de la profession. Les statuts de la

---

<sup>8</sup> On connaît le nombre de juridictions (1 Cour de cassation, 35 Cours d'appel, 181 Tribunaux de grande instance, 475 Tribunaux de police, 569 juges d'instruction 155 Tribunaux pour enfants, 188 établissements pénitentiaires) mais on ne dispose pas du nombre de chambres, ni du nombre de JAP. Selon les chiffres du Ministère de la justice, il y a 773 sites identifiés. in Les chiffres clés de la Justice en 2006.

Disponible sur : [http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/1\\_chiffrescles06.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_chiffrescles06.pdf) [consulté le 08/07/2007]

<sup>9</sup> Art. 706-71 du C. pr. pén. La loi du 09 septembre 2002 a étendu le champ d'application de ce moyen technologique à la présentation au fins de prolongation de la garde à vue. La loi du 09 mars 2004 étend son utilisation aux juridictions de jugement pour l'audition des témoins, des parties civiles et des experts, aux juridictions d'instruction pour l'audition de personnes détenues et pour le contentieux de la détention provisoire. Enfin, la loi du 26 janvier 2005 l'étend aux juridictions de proximité.

magistrature<sup>10</sup>, le code de déontologie de la police<sup>11</sup>, des avocats<sup>12</sup> et des nombreuses corporations d'experts prescrivent un devoir de réserve et rappellent l'importance du secret professionnel. Seuls les justiciables, victime ou mis en cause, n'y sont pas astreints. En conséquence, très peu de personnes sont autorisées à s'exprimer dans la presse, et ils sont encore moins nombreux à rechercher une telle opportunité<sup>13</sup>. Il faut se souvenir qu'au quotidien, la justice est rendue dans l'indifférence totale des médias<sup>14</sup>.

Bien évidemment, certaines affaires n'échappent pas à leur attention, et il n'est plus rare de lire – dès la phase préparatoire – les déclarations du mis en cause dans les journaux ou de voir des victimes et leurs avocats respectifs s'exprimer à la sortie d'une audience, dans une salle des pas perdus transformée pour l'occasion en auditoire médiatique. Seulement, les acteurs qui s'expriment devant les micros ne sont pas rigoureusement les mêmes que ceux qui débattent devant le Tribunal correctionnel ou la Cour d'assises. Et la permission légale octroyée au représentant de la société de s'exprimer devant les médias ne modifie en rien ce constat, tellement la " *fenêtre médiatique* " est encadrée<sup>15</sup> et peu utilisée en pratique. Aussi, la représentation devant la presse est forcément partielle, et donc partielle. Elle rend compte d'un faux contradictoire en diffusant dans le meilleur des cas, diverses appréciations de déclarations successives et succinctes de parties opposées, mais certainement pas le contradictoire exprimé à l'audience<sup>16</sup>. Et c'est toute la différence entre le pluralisme de la presse et le contradictoire du procès pénal. Le premier ressemble au second dans le sens où son caractère pluriel permet une diversité d'avis et d'interprétations sur une affaire. Seulement, la position de chaque institution n'est pas neutre et le niveau d'observation est différent. Dans le contradictoire, la pluralité des arguments et des thèses est inhérente aux parties et non à l'institution qui se contente de rassembler les conditions nécessaires aux débats. Or, dans les médias, la pluralité des arguments et des thèses est inhérente à la nature même de l'institution. D'un côté, elle l'organise tandis que de l'autre côté, elle est à son origine. Cette différence fondamentale explique pourquoi le contradictoire ne s'applique pas aux médias, pas plus que le principe d'égalité des armes.

---

<sup>10</sup> Art. 10 de l'ordonnance n°58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

Disponible sur : <http://www.legifrance.com/texteconsolide/PFFAA.htm> [consulté le 08/07/2007]

<sup>11</sup> Art. 11 du Décret n°86-592 du 18 mars 1986 portant code de déontologie de la police nationale.

Disponible sur : <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnCode?code=CDPOLIC0.rcv> [consulté le 08/07/2007]

<sup>12</sup> Art. 4 du Décret n° 2005-790 du 12 juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat. JO du 16 juillet 2005 p.11688.

Disponible sur : <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnTexteDeJorf?numjo=JUSC0520196D> [consulté le 08/07/2007]

<sup>13</sup> Cf. infra n°457 et s.

<sup>14</sup> Au cours d'une année, l'ensemble des médias traite de seulement quelques milliers d'affaires pénales. Les magistrats du parquet traitent plus de cinq millions d'affaires et les juges du siège rendent plus d'un million de décisions judiciaires à l'année. Finalement, le ratio d'affaires traitées par les médias est infinitésimal et non représentatif. Les chiffres-clés de la justice, Ministère de la Justice, octobre 2006, pp.14-15.

Disponible sur : [http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/1\\_chiffrescles06.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_chiffrescles06.pdf) [consulté le 08/07/2007]

<sup>15</sup> Art. 11 al.2 du C. pr. pén. Afin d'éviter la propagation d'informations parcellaires ou inexactes ou pour mettre fin à un trouble à l'ordre public, le procureur de la République peut, d'office et à la demande de la juridiction d'instruction ou des parties, rendre publics des éléments objectifs tirés de la procédure ne comportant aucune appréciation sur le bien-fondé des charges retenues contre les personnes mises en cause.

<sup>16</sup> « *L'audience publique, ce lieu sacré, a sa réplique non contradictoire devant les caméras aux portes des tribunaux* » LECLERC, Henri. *Un combat pour la justice*. Coll. La découverte/témoins, 1994, p.19.

## 2) Une égalité des armes inapplicable

**445.** Le principe de l'égalité des armes s'applique afin de garantir à chaque partie « la possibilité de présenter sa cause dans des conditions qui ne la place pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire ». À la simple lecture de cette définition, nous mesurons toute l'étendue de l'ignorance de ce principe par les médias. Combien d'interventions à la télévision, à la radio ou dans la presse ignorent chaque jour de présenter « la cause de chacune des parties » ? Et combien les présentent de sorte à privilégier une thèse plutôt qu'une autre ? Les médias ignorent le principe d'égalité des armes pour les mêmes raisons qu'ils n'appliquent pas le principe du contradictoire : une nature, des conditions d'application, une finalité, et des enjeux différents.

La nature informelle de fonctionnement des médias s'oppose complètement à la nature processuelle du système judiciaire. Le fait que " la presse dispose de trop de liberté " est une ellipse volontairement provocatrice qui n'en demeure pas moins vraie. Il ne s'agit nullement de contester et encore moins de remettre en cause son indépendance ou sa liberté d'expression<sup>17</sup> mais seulement de s'interroger sur les mécanismes de son fonctionnement. Les journalistes connaissent-ils des règles d'exercice semblables aux normes processuelles fondant le rituel judiciaire ?

D'un point de vue strictement juridique, il n'existe pas de réglementation générale sur le fonctionnement des médias et le traitement de l'information comparable au rituel judiciaire. Aucun texte ne prescrit au journaliste d'appliquer des principes directeurs dans le traitement de l'information sous peine de sanctions disciplinaires. Il existe bien quelques textes traitant de la déontologie de l'information et du journalisme<sup>18</sup> mais ils restent purement déclaratifs sans aucune portée contraignante, et ils demeurent ainsi largement inappliqués en pratique. En réalité, chaque rédaction dispose de ses propres règles adaptées à son média et à sa ligne éditoriale<sup>19</sup>. Et en dehors de ces limites conjoncturelles, elles sont entièrement libres d'adopter le mode de production d'informations qu'elles souhaitent.

Aussi, l'insuffisance, voire l'absence de règles édictant la manière dont l'information est traitée explique en soi pourquoi le principe d'égalité des armes – et le principe du contradictoire – ne s'applique pas aux médias. Comment appliquer un principe processuel à un système qui ignore toute régulation formelle ?

Le principe d'égalité des armes a vocation à équilibrer les rapports de force entre les parties dans un espace structuré et réglementé. Il s'impose au rituel judiciaire en même temps qu'il y participe à travers les différentes procédures judiciaires afin de créer et de protéger un

---

<sup>17</sup> CEDH du 23 septembre 1994, Aff. *Jersild c/Danemark*, Série A, n°298, § 31 ; CEDH du 27 mars 1996, Aff. *Goodwin c/Royaume-Uni*, req. n°17488/90, § 39. « La Cour rappelle que la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique et les garanties à accorder à la presse revêtent une importance particulière ». Elle est « le chien de garde de la démocratie ».

<sup>18</sup> La charte des devoirs professionnels des journalistes français, 1918. La déclaration des devoirs et des droits des journalistes, 1971. Le code de déontologie de la société des journalistes professionnels, 2002 La nouvelle charte de déontologie du journalisme, 2003.

Disponible sur : <http://www.acrimed.org/rubrique15.html> [consulté le 08/07/2007]

Disponible sur : <http://www.snj.fr/deontologie/munich.html> [consulté le 08/07/2007]

<sup>19</sup> Audition d'une journaliste devant la Commission d'Outreau le 14 mars 2006. Pour elle, chaque organe de presse a son propre code ou sa propre charte, de sorte que « la déontologie est à géométrie variable selon les rédactions », elle est « à la fois un grand mot et la petite cuisine de chacun ». in Rapport de l'Assemblée nationale n°3125 par P. Houillon du 06 juin 2006 au nom de la Commission d'enquête dans l'affaire dite d'Outreau, t.1 p.505.

Au sein du journal Ouest France, il existe un charte spécifique au traitement des faits divers que son directeur général synthétise sous la formule suivante : " dire sans nuire, montrer sans choquer, dénoncer sans condamner et témoigner sans agresser ". Conférence de Francis Teitgen à la Faculté de Droit de Nantes en 2004.

équilibre entre les parties. Dans les médias, quand bien même les journalistes souhaiteraient son application, qu'ils ne pourraient l'exercer faute de réglementation dans les méthodes et le traitement de l'information. En outre, le principe s'exerce exclusivement entre les parties, et non entre l'institution et les parties. Or, le rôle de la presse n'a jamais été de traiter du rapport des parties entre elles. Au contraire, elle privilégie les rapports directs avec les parties, en devenant partie prenante au rapport. En conséquence, le principe lui est inapplicable.

**446.** À l'image du principe du contradictoire, les conditions d'exercice inhérentes aux médias ne permettent pas une application du principe d'égalité des armes. Nous constatons une différence de niveau entre les juges et les journalistes dans leur rapport avec le temps. Pour ces derniers, le facteur temps est un élément fondamental qui dirige excessivement la forme et le fond de l'information. Ils interviennent, discutent ou écrivent en fonction du temps qui leur est accordé pour développer un sujet d'information. Le temps est subi comme une contrainte prioritaire qu'ils se doivent de gérer et d'intégrer. À l'opposé, les magistrats tiennent compte du facteur temps dans la procédure ou à l'audience, mais dans une moindre mesure, et jamais au détriment des principes directeurs du procès tels que l'égalité des armes.

L'article de presse ou le reportage audiovisuel est indifférent au principe dans sa conception comme dans son contenu. Un journaliste ne peut pas se permettre de réécrire son article ou de modifier son reportage afin de garantir un équilibre dans son travail. Il n'en a pas matériellement le temps, à l'exception des articles de fond ou des documentaires télévisuels moins sensibles à cette contrainte. Mais, l'égalité des armes n'en demeure pas moins un principe étranger du monde et de la culture médiatique. Pour preuve, il suffit de relever dans les médias les nombreux exemples où des auteurs et des commentateurs engagés prennent fait et cause pour une thèse. Le choix volontaire d'être partisan est étroitement lié à la liberté d'expression de la presse et définitivement incompatible avec le principe d'égalité des armes. Extrêmement minoritaire est la part de journalistes qui gardent la mesure de leur propos sous la pression de l'actualité lorsque la majorité se contente de prendre parti.

Mais ils ne font qu'approcher le principe puisqu'il existe une autre incompatibilité fondamentale entre celui-ci et la scène médiatique : le devoir de réserve des magistrats. Comment appliquer le principe à l'univers médiatique lorsque le devoir de réserve des magistrats prohibe l'intervention d'une partie principale au procès ? Inexorablement, l'application de l'un entraîne automatiquement la transgression de l'autre, et à l'inverse, le respect de ce dernier ne permet pas l'exercice du premier. La situation est bloquée, elle s'apparente à vouloir résoudre la quadrature du cercle. De même, il est impossible de concilier les principes du contradictoire et de l'égalité des armes dans les médias avec le nécessaire secret des actes d'investigation. Si l'on devait les appliquer, le journaliste devrait avoir un libre accès à l'intégralité du dossier pénal afin qu'il soit à même d'apprécier en toute impartialité et équité l'ensemble des pièces. Or, une telle hypothèse reviendrait à confondre ces principes, opposables aux seuls parties avec la publicité des débats.

**447.** Les médias ne poursuivent pas les mêmes buts et ils ne sont pas confrontés aux mêmes enjeux que ceux de la justice pénale. Ces différences expliquent l'inapplicabilité des principes processuels.

Un des enjeux de la justice pénale est de parvenir à une vérité judiciaire tout en respectant les règles de procédure. Le but de l'institution est de préserver l'ordre social en condamnant les auteurs contre lesquels existent des charges suffisantes pour emporter la culpabilité à l'issue d'un procès équitable. La justice a une fonction essentielle dans la paix sociale tout comme la liberté de la presse joue un rôle substantiel dans les fondements de la démocratie. Son but est

d'informer le public des événements et des sujets importants qu'elle est amenée à rencontrer<sup>20</sup>. Tout l'enjeu consiste à rechercher la vérité et l'exposer au plus grand nombre. Les deux pouvoirs semblent se réunir sur un thème en commun : la recherche de la vérité. Néanmoins, ils ne la poursuivent pas dans le même but. Pour l'institution judiciaire, la recherche de la vérité est une fin en soi, et elle dispose de nombreux moyens d'investigation pour parvenir à approcher la réalité des faits. Elle réalise une mission de service public totalement désintéressée. Pour la presse, la quête de la vérité n'est pas uniquement une fin en soi. « *Les médias relèvent d'un autre mode de production de la vérité que la justice. Leur vérité n'est pas celle de la justice et leurs moyens d'y parvenir non plus. Leur vérité est multiple, changeante sans le moindre complexe puisque précisément sa qualité première doit être la nouveauté* »<sup>21</sup>. Il est certain qu'ils participent également à une mission de service public en informant le grand public<sup>22</sup>. Toutefois, l'exercice n'est pas désintéressé. La nature marchande de l'information est un enjeu médiatique auquel la justice est totalement étrangère. L'intégration de ce facteur dans le champ d'application des principes est difficilement admissible. Par ailleurs, lequel de ces éléments aurait la priorité sur l'autre en cas de conflit ? Ni le principe du contradictoire ni le principe de l'égalité des armes ne s'appliquent à la scène médiatique en raison des conditions d'application, d'une nature, d'une finalité, et des enjeux distincts. Malheureusement, les médias ne se contentent pas de ne pas appliquer en leur sein les principes, ils démontrent également des signes ostentatoires de défiance.

## B – Des médias non respectueux des principes

**448.** Les médias et la justice sont deux institutions parfaitement distinctes avec leurs propres règles, enjeux et finalités. Se pose alors la question de savoir pourquoi les médias devraient respecter ces normes processuelles ?

Par nature, le traitement de l'information ne respecte pas les principes et les droits. Dans son fonctionnement traditionnel, les atteintes aux droits de la défense sont d'une moindre portée car l'effet exponentiel de la publicité engendrée par les médias est postérieur à la décision de justice. Toutefois, le degré d'atteinte aux droits de la défense est d'une tout autre portée lorsque la presse traite d'une affaire pendant le procès, à l'instruction, voire *ab initio*, au temps de l'enquête. Son ingérence dans le traitement des affaires pénales interfère dans le processus judiciaire de jugement en portant gravement atteinte aux droits de la défense.

Tant que la relation justice-médias s'inscrivait dans la célèbre formule de M<sup>e</sup> Henri Leclerc, selon laquelle « *les journalistes observent les juges et dénoncent leurs excès alors que les juges font le procès des journalistes et punissent leurs abus* »<sup>23</sup>, chaque institution gardait son rôle et sa place. Or, depuis les années quatre-vingt-dix, les journalistes tentent de s'approprier

---

<sup>20</sup> in le préambule du code de déontologie de la société des journalistes professionnels, du 16 août 2002.

<sup>21</sup> DANET, Jean. *Défendre. Pour une défense pénale critique*. Coll. Regards sur la justice, Éd. Dalloz 2001, p.105.

<sup>22</sup> « *Mais une vérité incertaine, même de bonne foi, souvent présentée comme incontournable, va être reprise, recopiée et amplifiée. L'explosion médiatique contemporaine a fait perdre à la presse une modestie pourtant nécessaire et à désarmé le citoyen de sa méfiance (de son esprit critique)* ». in LECLERC, Henri., THEOLLEYRE, Jean-Marc. *Les médias et la justice. Liberté de la presse et respect du droit*. Éd. CFPJ, 1996, pp.12-18.

<sup>23</sup> LECLERC, Henri. *Justice et médias, un affrontement nécessaire*. in Médias-pouvoirs, 1997.

la scène judiciaire en la délocalisant dans l'univers médiatique. Comme nous l'avons précédemment démontré, dans le système médiatique, les parties ne bénéficient plus des protections et des prérogatives formelles associées au procès telles que les droits de la défense et les principes du contradictoire et de l'égalité des armes. En sortant intentionnellement de son rôle et de ses fonctions naturelles, la presse ne se contente pas de participer illégitimement à l'action de juger<sup>24</sup>, elle porte également atteinte à ces principes, à ces droits et à l'institution judiciaire tout entière. Les médias ne respectent pas les principes et les droits dans leur mode de fonctionnement traditionnel (1), mais au surplus ils leur portent manifestement atteinte dans leurs débordements (2).

### 1) Dans leur fonctionnement traditionnel

**449.** En dehors de toutes dérives et autres dérapages médiatiques, le fonctionnement traditionnel de la presse ne respecte pas les principes. À aucun moment, il ne rend compte *in extenso* d'un débat contradictoire et équitable entre les parties à l'image de ce qui se déroule quotidiennement dans les salles d'audience et dans les cabinets de magistrats. Le journaliste de presse écrite, de radio ou d'audiovisuel assiste aux audiences publiques. Il prend tout d'abord connaissance des faits, dans leur appréhension juridique, à travers la lecture de la prévention ou de l'ordonnance de renvoi. Après l'étude de la personnalité du comparant, le président de la juridiction instruit le dossier en interrogeant l'intéressé, les témoins et les experts. Sous le contrôle du président, le débat est ouvert, contradictoire et libre. Les réquisitions et les plaidoiries sont l'occasion de présenter une interprétation synthétique et argumentée des faits avant que la juridiction se retire pour délibérer. Le journaliste assiste à cette reconstruction du réel mis en scène par le rituel judiciaire et tente d'en faire le récit<sup>25</sup>. Or, il convient de constater que le produit médiatique, dans son contenu comme dans son élaboration, ne respecte ni les principes du contradictoire et de l'égalité des armes, ni les droits de la défense.

**450.** Par nature, seule l'audience parmi les sources du récit médiatique respecte les principes et les droits<sup>26</sup>. En revanche, il n'est pas permis d'en convenir autant à l'égard du processus et du produit de la médiatisation. Aussi compétent et impartial que soit le journaliste, son récit ne respecte pas ces règles formelles, notamment parce que leurs conditions d'application ne sont pas réunies.

À défaut, le chroniqueur judiciaire construit son récit d'après ce qu'il a été témoin à l'audience. Il relate les faits reprochés, il narre le déroulement de l'audience tout en illustrant son propos de citations choisies et issues des débats qui lui paraissent pertinentes ou faire sens, avant de conclure son récit par la décision de la juridiction. En fonction de l'espace ou du temps médiatique disponible, il enrichit ou restreint sa chronique de commentaires personnels et entièrement subjectifs. Il livre ainsi au public son opinion, et seulement une opinion sur le déroulement d'une affaire judiciaire. Le fait qu'il s'agisse d'un témoignage

<sup>24</sup> DANET, Jean. *Justice pénale, le tournant*. Coll. Le Monde actuel, Éd. Gallimard, 2006, p.249-295.

<sup>25</sup> « Il fut un temps où des journaux entiers se consacraient au récit du procès. Les quotidiens en remplissaient leur pages. Ils étaient plusieurs journalistes à suivre les grandes affaires, l'un relatant le déroulement des faits, l'autre faisant les coulloirs, un troisième écrivant son opinion dans un billet d'humeur pendant que les caricaturistes s'en donnaient à cœur joie... ». LECLERC, Henri., THEOLLEYRE, Jean-Marc. loc. cit. p.59.

<sup>26</sup> Même si nous reconnaissons que des progrès peuvent encore être réalisés, l'audience n'en demeure pas moins une des phases les plus respectueuses des droits et des principes. Cf. supra n°338 et s.

parmi d'autres explique les divergences d'appréciation d'un chroniqueur à l'autre. De même, il est fréquent pour le public présent à l'audience de ne pas partager le discours établi par le journaliste. Chaque personne perçoit, entend, comprend et retient du procès des éléments différents en fonction des singularités qui font sa personnalité<sup>27</sup>.

Sur le plan du contradictoire, le journaliste emprunte au principe « *un certain droit d'informer* ». Il porte à la connaissance de ses lecteurs, auditeurs et téléspectateurs un certain nombre d'éléments d'information. Cependant, il est absolument nécessaire d'appréhender le produit médiatique pour ce qu'il est réellement : de l'information uniquement, et non un contenu pouvant servir de fondement à un jugement<sup>28</sup>. Il serait en effet particulièrement difficile de juger d'une affaire à travers le travail d'un journaliste dans lequel ne figurent ni les arguments juridiques ni les interprétations factuelles de chacune des parties. Au surplus, le fonctionnement même des médias ne permet pas à chacune des parties de répondre librement aux arguments de la partie adverse. Dans le meilleur des cas, le chroniqueur présente l'affaire en respectant un faux contradictoire. Il consiste à reprendre les déclarations des avocats ou des parties à la sortie de l'audience, voire des extraits du débat judiciaire, s'inscrivant auparavant dans une discussion argumentative, qui, soustrait à cet ensemble rationnel, ne constituent plus un apport substantiel parmi d'autres au sein d'une démonstration, mais un semblant de contradiction dénuée de toute cohérence<sup>29</sup>.

Ce faux contradictoire répond également à la volonté de respecter, en apparence, le principe de l'égalité des armes. En donnant tour à tour la parole aux parties, le journaliste semble respecter le principe d'équilibre ou plus exactement celui de « *ne pas placer une partie dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire* ». Cependant, ni la Convention ni la jurisprudence européenne ne se contentent d'une application apparente du principe qui consisterait à obtenir un équilibre purement mathématique entre les parties. À plusieurs reprises, la Cour européenne des droits de l'homme s'est prononcée en faveur « *de droits non pas théoriques et illusoire mais concrets et effectifs* »<sup>30</sup>. Par ailleurs, le seul fait de respecter la parité de déclaration dans un sujet ne préjuge nullement de son équité. Ce n'est pas parce qu'un journaliste donne la parole à chacune des parties, qu'il respecte les principes. N'est-il pas réducteur de simplifier leur exercice à deux déclarations partisans ? Qui procède au choix des citations qui seront retenues ? Et de celles qui seront écartées ? N'est-il pas illusoire

---

<sup>27</sup> L'appréhension d'un procès varie selon les personnes en fonction de leur culture juridique, leurs capacités intellectuelles, leur expérience professionnelle, leur vie personnelle, leur rang social, leurs opinions politiques... Les variables qui fondent une opinion sont multiples et particulièrement complexes.

<sup>28</sup> Pourquoi ? Parce que le point de vue ou l'angle de vision choisit – intentionnellement ou non – par l'auteur déforme la réalité, altère l'intensité, dénature la forme et transforme le contenu des débats. Le lecteur appréhende l'affaire à travers le récit du chroniqueur comme le téléspectateur capte les images du procès à travers la caméra du journaliste. Or, la réalité d'une audience est nettement plus riche et complexe. Certes, les médias constituent un moyen d'information performant et efficace mais ils présentent également un filtre déformant sur la réalité des débats qui annihile toute portée de jugement.

<sup>29</sup> « *Procureur, policiers, juge d'instruction ou avocats, la violation du secret de l'instruction est forcément une violation partielle et partielle, c'est une violation où chacun communique ce qu'il est de son intérêt de communiquer pour la thèse qu'il défend. Alors s'instaure, face à l'opinion publique, une espèce de procès où toutes les pièces ne sont pas montrées, où chacun des protagonistes dit ce qui l'intéresse, puis répond à l'autre, chacun montre sa propre pièce, chacun donne sa propre explication. Un faux débat contradictoire frelaté, par journalistes interposés. Le journaliste enquête avec ces petits bouts de révélation ; il construit à son tour une vérité qui n'est pas la vérité, qui nécessite de nouvelles réponses* ». **LECLERC**, Henri. *Un combat pour la justice*. Éd. La découverte, 1994, pg 318.

<sup>30</sup> CEDH du 17 janvier 1970, Aff. *Delcourt c/France*, Série A, n°11, § 25 ; CEDH du 09 octobre 1979, Aff. *Airey c/Irlande*, Série A, n°32, § 24 ; CEDH du 13 mai 1980, Aff. *Artico c/Italie*, Série A, n°37, § 33 ; CEDH du 19 avril 1994, Aff. *Van de Hurk c/Pays-Bas*, Série A, n°288, § 59 ; CEDH du 28 septembre 2005, Aff. *Virgil Ionescu c/Roumanie*, req. n°53037/99, § 44.



de prétendre rendre compte d'un procès de plusieurs heures de débats judiciaires en seulement quelques minutes d'antenne tout en respectant les principes ?

En fait, il est régulièrement constaté dans les chroniques judiciaires<sup>31</sup> une prise de position implicite, si ce n'est explicite, en faveur d'une thèse au détriment de l'autre. Dans ces hypothèses, la parité sert de faux-semblant. Elle permet à ces auteurs de revendiquer la qualité d'équité, gage d'un travail doté d'une portée éthique importante, quant la projection, l'audition ou une simple lecture attentive du récit ne laisse aucun doute sur l'issue du procès tellement le ton y est impératif, le style direct, et la trame argumentative orientée.

Dans la majorité des contenus médiatiques d'aujourd'hui, les atteintes aux principes et aux droits de la défense sont quotidiennes et flagrantes<sup>32</sup>. Les journalistes dénoncent des faits délictueux, citent nominativement les personnes mises en cause et instruisent à charge ou à décharge le dossier. Le discours ne présente plus les thèses en présence mais impose sa version des faits comme étant la vérité universelle à retenir.

En conséquence, l'exercice superficiel et apparent des principes du contradictoire et de l'égalité des armes dans les médias leur octroie une certaine légitimité face à l'opinion publique qui les détermine à se présenter comme un concurrent de l'institution judiciaire.

**451.** Le processus de construction du récit porte également atteinte aux principes du contradictoire et de l'égalité des armes. « *La mise en image, l'écriture télévisuelle sont invisibles à l'œil nu. Elles se situent en deçà du regard. Tout est sous la lumière des projecteurs, sauf la chambre obscure du montage, où le sens est pré-mâché, le jugement induit* »<sup>33</sup>.

Nous partageons totalement l'avis de l'auteur selon lequel il existe un parti pris médiatique au moment de la construction du discours qui est complètement invisible et occulté dans la projection du reportage ou dans la lecture d'un article. Le lecteur comme le téléspectateur connaît d'une affaire judiciaire uniquement ce que le journaliste souhaite lui faire voir ou lui faire entendre. On retrouve cette partialité dans la construction du discours.

En premier lieu, le chroniqueur se doit de rapporter l'évènement en tenant compte de toutes les contraintes spécifiques au champ judiciaire. L'article 38 ter de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse interdit expressément la captation des débats judiciaires<sup>34</sup>. Le journaliste connaît une totale liberté de ses moyens seulement en dehors de l'enceinte judiciaire. Aussi, il ne peut interroger – officiellement – que les personnes qui sont légalement autorisées à

---

<sup>31</sup> V. spé. SIMONNOT, Dominique. *Justice en France. Une loterie nationale*. Éd. de la Martinière, 2003. Le Monde du 29 avril 2006, Société, " retour sur un massacre " par Franck Johannes ; Libération du 26 avril 2006, Société, " L'éducateur nie les viols et plaide le merveilleux " par Jacqueline Coignard ; l'Express du 04 octobre 2004, Faits divers, " Drame à l'Odéon ", par Eric Pelletier ; l'Humanité du 26 avril 2006, " la curiosité est un vilain défaut " par Pierre Souchon.

<sup>32</sup> V. Les chaînes de télévision et de radio d'information en continu. Le Monde du 29 avril 2006, " Le dossier parle de lui-même " ; Libération du 24 avril 2006, Société, " Procès bâclé pour le gendarme tueur " par Olivier Bertrand ; l'Express du 02 mai 2006 " 14 ans après les familles réclament justice " par Eric Lecluyse ; Libération du 07 mars 2006, Société, " A Oullins, une sensation de deux poids, deux mesures " par Alice Geraud ; l'Humanité du 27 avril 2006, " Vous êtes quand même très militant " par Pierre Souchon.

<sup>33</sup> GARAPON, Antoine. op. cit. p.278.

<sup>34</sup> La loi du 6 décembre 1954 a en effet interdit la captation des débats judiciaires. Elle a introduit dans la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse une disposition interdisant l'emploi de tout appareil d'enregistrement à l'intérieur des salles d'audience. Les raisons qui ont conduit le législateur à interdire l'emploi d'appareils d'enregistrement tenaient essentiellement à la volonté de préserver la sérénité et la dignité des débats judiciaires. Une "cacophonie" déplacée avait en effet été constatée lors des audiences, empêchant celles-ci de se dérouler avec toute la sérénité requise pour l'œuvre de justice. V. Rapport de la commission sur l'enregistrement et la diffusion des débats judiciaires du 22 février 2005.

Disponible sur : <http://www.justice.gouv.fr/publicat/rapport/rapportlinden.pdf> [consulté le 08/07/2007]

s'exprimer devant les caméras. La liste se restreint aux avocats et aux membres des familles des parties et éventuellement au (x) victime(s) et accusé(s). Mais, il faut encore qu'elles soient consentantes et qu'elles aient un message à communiquer. Les sources d'informations sont partielles, fluctuantes et partiales. Dès la source, les atteintes aux principes sont patentées.

Ensuite, son récit est étroitement lié aux choix qu'il réalise pendant et après les débats. Durant l'audience, il prend en note l'historique des faits, la personnalité des acteurs et les moments qui lui paraissent importants. Il lui est naturellement impossible d'être exhaustif, cependant, dans les limites de ses capacités humaines et techniques, il fait également des choix qui ne se révèlent jamais par essence innocents. Les sens du journaliste sont sélectifs. Il décide de retenir tel argument plutôt que tel autre. Il prend en note certains dialogues, phrases ou réflexions, il retient des attitudes, des traits de comportements, il décrit une atmosphère ou retranscrit une pensée partisane mais il en omet ou en rejette tout autant, intentionnellement ou non. De même, à la sortie de l'audience, il préférera prendre les déclarations de telle personne plutôt que de telle autre.

Enfin, la forme est un soutien substantiel et subliminal du fond. Les impressions ressenties par le journaliste au cours de l'audience transparaissent dans la construction de son récit. Entre la masse d'informations recueillies et le reportage ou l'article définitif, il procède à nouveau à une sélection des données au moment du montage. Concrètement, ce processus de pensée consiste à sélectionner, découper, coller et organiser rationnellement des extraits de témoignages qui s'inscrivent parmi les commentaires du journaliste afin que le discours final tende à s'approcher de l'impression ressentie par celui-ci pendant le procès. La forme artificiellement construite soutient le fond subjectif du récit. Ainsi, il nous est possible de conclure que par essence, le travail de chroniqueur judiciaire porte gravement atteinte aux principes car il procède à une reconstruction forcément subjective et partielle de la scène judiciaire, constituant déjà une représentation de la situation réelle.

Un tel mode de fonctionnement avec un contenu aussi subjectif, donc partial, et une construction aussi sélective, donc partielle, ne peut que porter atteinte aux principes dont le but est de garantir les droits de la défense en respectant des règles processuelles équitables afin d'établir la vérité judiciaire.

## 2) Dans la pratique quotidienne

**452.** Les atteintes aux principes et aux droits démontrées dans le fonctionnement classique des médias connaissent des développements importants avec l'apparition des dérives médiatiques dont la finalité principale consiste à traiter le fait criminel en temps réel et en concurrence de l'institution. Dès 1995, Antoine Garapon écrivait que l' « *on passe subrepticement de la dénonciation à une disqualification, et enfin à une substitution aux institutions. Les médias ne se contentent plus de rapporter ce que fait la justice, de la critiquer au besoin, ce qui est leur rôle. Ils se mettent à "copier" les méthodes de la justice, ce qui rend d'ailleurs la lecture de certains journaux aussi ennuyeuse que celle des procès-verbaux de gendarmerie dont ils reproduisent parfois des passages entiers. On leur reproche de tronquer des documents ? Ils publient l'intégralité du dossier, à la condition de surcroît que les personnes mises en cause aient pu faire valoir leur point de vue, les médias se targuent des mêmes méthodes que le juge d'instruction* »<sup>35</sup>.

En délocalisant la scène judiciaire dans les médias, les journalistes ne se limitent pas à sortir de leur rôle d'informateur, ils s'arrogent le droit de juger en lieu et place des magistrats.

---

<sup>35</sup> GARAPON, Antoine. *Justice et médias, une alchimie douteuse*. Revue Esprit, mars-avril 1995, p.15.

Avant toute décision judiciaire, voire même avant toute investigation ou audition, ils jugent, en temps réel et de façon péremptoire le (s) mis (es) en cause<sup>36</sup>. « *En fait les médias sont entrés directement en concurrence avec la justice. Ils veulent révéler la vérité pour que l'opinion soit juge* »<sup>37</sup>. Seulement, comme indiqué précédemment, l'emprunt d'un faux contradictoire et d'une égalité des armes apparente au procès pénal ne suffit pas à garantir les droits de la défense et l'équité d'un jugement pour prétendre à la vérité. Bien au contraire, les dévoiements médiatiques accentuent le phénomène attentatoire aux droits et aux principes.

**453.** Sans nullement remettre en cause les enjeux démocratiques auxquels s'attachent l'indépendance et la liberté de la presse, il est essentiel pour notre démonstration d'appréhender la force des enjeux économiques et sociaux qui transcendent l'univers médiatique afin de mieux en percevoir les dérives sur le plan judiciaire. Chaque média ne poursuit pas comme but le fait de révéler une vérité ou mieux encore, la vérité, mais celui d'être le premier à la divulguer. Depuis plusieurs années, il s'est engagé une véritable course contre le temps dans le traitement des affaires judiciaires entre les différents organes de presse, et renforcé en cela par les nombreux progrès technologiques<sup>38</sup>. Chacun tente d'arriver en premier sur les lieux, d'être le premier à recueillir des informations des autorités, des témoins ou une exclusivité avec la victime, voire avec le suspect placé en garde à vue<sup>39</sup>. Dans des délais proches de la commission des faits, les journalistes dénoncent les mis en cause, enquêtent en parallèle des investigations judiciaires et jugent l'affaire, avant même qu'une quelconque décision de justice ne soit prononcée<sup>40</sup>. De cette concurrence exacerbée entre les différents médias, il résulte un phénomène de surenchérissement perpétuel<sup>41</sup>, fort justement

<sup>36</sup> A titre d'exemple, tiré dans la presse du jour, le 09 mai 2006, l'affaire Madisson à Eyguières. V. les journaux radios et télévisés ; Libération " Eyguières entre haine et chagrin après la mort de Madison " par Michel Henry ; Le parisien, " Un suspect qui connaît la famille de la fillette " ; l'Express " le suspect toujours hospitalisé " par Julien Bordier.

<sup>37</sup> **LECLERC**, Henri., **THEOLLEYRE**, Jean-Marc. *Les médias et la justice. Liberté de la presse et respect du droit*. Éd. CFPJ, 1996, p.47.

<sup>38</sup> La multiplication des satellites de communication permet de procéder à un reportage en direct depuis n'importe quel point du globe. Le développement de la photo et de la vidéo sur la téléphonie mobile permet dorénavant à chaque citoyen de devenir le reporter d'un jour et de recevoir à sa convenance l'information en direct. L'internet également livre en temps réel l'information. Chaque journal, radio et chaîne de télévision dispose d'un portail d'information sur internet, avec un abonnement possible au flux RSS qui procure à l'internaute toute information en temps réel.

<sup>39</sup> Le 27 février 2006, alors que le meurtre d'Ilan Halimi connaît une couverture médiatique importante, Youssouf Fofana, le "cerveau des barbares" de Bagneux, responsable présumé de l'enlèvement et de la mort d'Ilan Halimi, a été interviewé, photographié et filmé en compagnie d'une jeune femme depuis les locaux de la police judiciaire d'Abidjan, où il était en garde à vue après son arrestation. Cette interview a été diffusée par les journaux télévisés de Itélévision et de M6. V. Le Figaro du 28 février 2006, " Fofana, la confession scandale " par Christophe Cornevin et Cécilia Gabizon ; Le Monde du 05 mars 2006, " Youssouf Fofana, le montrer ou pas " par Danièle Psenny.

<sup>40</sup> L'affaire Allègre-Baudis est l'exemple topique de ce phénomène d'investigations médiatiques. « *L'instruction sur les accusations visant des hommes politiques et des magistrats confiée à deux juges d'instruction va être menée sous l'influence des investigations des médias et de nouvelles déclarations plus extravagantes les unes que les autres. Chacune vient dans une fuite en avant éperdue masquer l'inanité de la précédente ou sa fragilité manifeste* » **DANET**, Jean. op. cit. p.267 ; **BAUDIS**, Dominique. *Face à la calomnie*. Ed. XO, 2004.

<sup>41</sup> Des surenchérissements qui vont conduire un animateur d'émissions satiriques à lire une lettre d'aveux de P. Allègre, sur lesquels il reviendra devant le juge d'instruction, à payer des témoins pour en obtenir l'exclusivité face à une chaîne concurrente. Devant la Commission d'Outreau, un journaliste a reconnu avoir eu accès librement à la totalité de la procédure. En parfaite connaissance de la violation délibérée que cette analyse impliquait, elle légitimait cette transgression par le fait d'informer sur la vérité de l'affaire. in Rapport de l'Assemblée nationale n°3125 par P. Houillon du 06 juin 2006 au nom de la Commission d'enquête dans l'affaire dite d'Outreau, t.1 p.505.

qualifié par un auteur de "cirque médiatico-judiciaire"<sup>42</sup>. En outre, le traitement en temps réel des médias connaît, pour effet pervers, le fait de se dispenser de recouper les informations avec d'autres sources, et de vérifier le sérieux ou la véracité des informations, faute de temps suffisant avant toute diffusion. De l'affaire Allègre à Outreau en passant par l'affaire du RER B<sup>43</sup>, les exemples de dévoiements médiatiques ne manquent pas.

**454.** La dérive médiatique la plus importante se caractérise par un traitement des faits criminels en temps réel. Elle est importante dans le sens où ce mode de fonctionnement tend à devenir le traitement quotidien de l'information, et les affaires criminelles n'échappent plus à ce procédé "*in real time*"<sup>44</sup>. Elle est importante parce que le degré et la portée des atteintes varient, d'une part, en fonction du nombre de médias qui traitent de l'affaire, et d'autre part, selon l'instant dans la phase judiciaire où ils interviennent. Plus ils interfèrent en amont de la procédure judiciaire, plus l'intensité des atteintes est forte<sup>45</sup>.

Dans les temps de l'enquête et de l'instruction, « *les informations publiées sont souvent parcellaires, voire fausses. Les atteintes à la présomption d'innocence se multiplient, au point d'infliger aux personnes poursuivies une véritable maltraitance médiatique* »<sup>46</sup>. L'exemple topique de ce phénomène vient de l'ellipse favorite des médias qui tend à assimiler la mise en examen d'une personne à une présomption de culpabilité. L'utilisation d'un vocable adapté à l'environnement médiatique comme la notion « d'auteur présumé »<sup>47</sup> permet au journaliste d'informer l'opinion en donnant l'identité du suspect tout en respectant la présomption d'innocence. Le terme « présumé » est censé préserver la présomption d'innocence. Dans l'esprit du public, l'auteur présumé ou la personne mise en examen constituent un seul et même statut, celui d'accusé. L'usage réitéré de tels raccourcis pose question par rapport à la

---

Disponible sur : <http://www.assemblee-nationale.fr/12/rap-enq/r3125.asp> [consulté le 08/07/2007]

<sup>42</sup> SOULEZ-LARIVIERE, Daniel. *Du cirque médiatico-judiciaire et des moyens d'en sortir*. Éd. Seuil, 1993.

<sup>43</sup> Le 11 juillet 2004, dans le RER B, une jeune femme, accompagnée de son bébé de 13 mois, prétend avoir été la victime d'actes antisémites violents de la part de six individus, d'origine maghrébine et africaine, armés de couteaux. L'ensemble de la classe politique jusqu'au sommet de l'État s'insurge, les associations protestent, et tous s'invitent à donner leur avis dans les médias. De l'Humanité au Figaro en passant par Le Monde et Libération, tous les éditorialistes écrivent leur indignation. Les journalistes de radio et de télé suivent également le mouvement médiatique. Après 15 jours de déchaînement médiatique, l'épilogue de cette affaire revient au tribunal correctionnel de Pontoise qui condamne l'affabulatrice à quatre mois de prison avec sursis assortie d'une mise à l'épreuve de deux ans avec obligation de soins psychiatriques. Malgré la particulière célérité de l'institution judiciaire, celle-ci n'aura pas empêché l'emballement médiatique.

<sup>44</sup> Aux États-Unis, il n'est plus rare de voir sur les chaînes nationales des courses-poursuites de véhicules en temps réel. Les médias disposent d'hélicoptères pour ce genre de faits divers. Par ailleurs, il existe des chaînes spécialisées comme "Court TV" qui retransmettent en direct de véritables procès, tel que le procès OJ Simpson. Récemment, à l'instar de la police, la dérive médiatique est devenue proactive avec l'émission intitulée "to catch a predator" diffusé sur la chaîne MSNBC dont le principe est d'attraper un pédophile. Sur fond de "real TV" des comédiens mineurs entretiennent des discussions à caractère sexuel avec des inconnus sur internet, le but étant de les attirer – grâce à des promesses sexuelles – physiquement dans une maison où l'animateur de l'émission les reçoit avec des leçons moralisatrices avant de les remettre à la police.

Disponible sur : <http://www.msnbc.msn.com/id/10912603/> [consulté le 08/07/2007]

<sup>45</sup> L'affaire d'Outreau est l'exemple topique en ce qui concerne les dérives médiatiques. Elle rassemble toutes les formes de dévoiement : les atteintes multiples et répétées à la présomption d'innocence et au secret de l'instruction, à travers la publication des noms, des photos, des témoignages, des faits, des investigations en cours, et des rumeurs infondées. L'ensemble se faisant dans un état de surmédiatisation, de course à l'information sans vérification. V. Rapport de l'Assemblée nationale n°3125, op. cit. pp.285-303.

<sup>46</sup> SAINT-PIERRE, François. *L'avocat de la défense et les grands procès*. AJ pénal 2006, p.109.

<sup>47</sup> LAURENT, Nathalie. *La notion de suspect en matière pénale*. Thèse, Lyon III, 2001 ; ROUSSEL, Gildas. *La suspicion : essai sur le traitement équitable de la personne dans le procès pénal*. Thèse, Nantes, à paraître ; AUVRET, Patrick. *Le juge, le journaliste et l'innocent*. Rev. sc. crim. 1996, p.625 et s. ; MICHALSKI, Cédric. *La mise en cause d'autrui*. AJ pénal 2007, p.10.

présomption d'innocence<sup>48</sup> et aux 8 % de non-lieux prononcés à l'issue de l'instruction<sup>49</sup>. Reconnue depuis la loi du 15 juin 2000 comme un principe cardinal de la procédure pénale d'un État de droit, la présomption d'innocence figure à tous les stades de la pyramide des normes<sup>50</sup>. Ses atteintes sont prévenues, réparées et réprimées dans les conditions prévues par la loi. « *Mais, en revanche, le droit pour chacun à son honneur, malmené par des propos publics préjugant d'une culpabilité qui peuvent avoir une influence néfaste sur l'équité d'un procès, n'est pas protégé par la convention et la jurisprudence de la Cour sous la notion de présomption d'innocence. Le parasitage médiatique n'est pas comme aux États-Unis<sup>51</sup> ou en Grande-Bretagne source d'annulation de décisions de cours criminelles parfois sans renvoi* »<sup>52</sup>.

Notre droit positif sanctionne les atteintes à la présomption d'innocence portées par la presse<sup>53</sup>, mais il ne poursuit pas son raisonnement juridique jusqu'au bout. Il refuse de tirer toutes les conséquences de celles-ci, notamment celles qui influent sur l'équité du procès. Or, cette "contamination médiatique" est régulière sur l'ensemble du système judiciaire. Elle peut inciter les enquêteurs à privilégier certaines pistes de recherche<sup>54</sup>, les magistrats à procéder à certaines investigations<sup>55</sup> ou à prendre certaines dispositions<sup>56</sup> et prédisposer les jurés à prendre une décision<sup>57</sup>. Dès que les médias s'emparent d'une affaire, ils exercent, au travers de l'opinion publique, une pression variable selon les personnes et les décisions, sur la justice. Cette influence réelle<sup>58</sup> n'est ni souhaitée par les intéressés – magistrats, jurés, partie – ni

<sup>48</sup> **MARINELLI**, Fabrizio. *Structure et fonction de la présomption d'innocence*. in La présomption d'innocence en droit comparé, Colloque organisé par le Centre français de droit comparé à la Cour de cassation (Paris, le 16 janvier 1998), Société de législation comparée, 1998, pp. 47-58, spéc., p. 52.

<sup>49</sup> Sur les 51 411 personnes mises en examen dans des affaires dont l'instruction s'est terminée en 2005, 3 940, soit 7,6 %, ont bénéficié d'un non-lieu. in Les chiffres clés de la justice en 2006, p.16.

Disponible sur : [http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/1\\_chiffrescles06.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_chiffrescles06.pdf) [consulté le 08/07/2007]

<sup>50</sup> Art. préliminaire du C. pr. pén. ; Art. 6 § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme ; Art. 9 de la Déclaration des Droits de l'Homme ; Art. 11 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme. Cons. const. 19-20 janvier 1981, n°80-127 DC. Rec. p.15 ; RJC, I, p.91 ; JCP 1981, II, 19701, note C. Franck ; D. 1981, jurispr. p.101, note J. Pradel ; D.1982, jurispr. p.441, note A. Dekeuwer.

<sup>51</sup> **SOULEZ-LARIVIERE**, Daniel. *Du cirque médiatico-judiciaire et des moyens d'en sortir*. Éd. Seuil, 1993, spé. p.113 et s.

<sup>52</sup> **DANET**, Jean. *Justice pénale, le tournant*. Coll. Le Monde actuel, Éd. Gallimard, 2006, p.255 ; Sur la notion de *Contempt of court*, Cf. infra n°464 et s. **GODARD**, Joëlle. *Contempt of course en Angleterre et en Ecosse ou le contrôle des médias pour garantir le bon fonctionnement de la justice*. Rev. sc. crim. 2000, p.367 ; sur la confrontation du 1<sup>er</sup> et 6<sup>e</sup> amendement aux États-Unis, V. **SOULEZ-LARIVIERE**, Daniel. *Du cirque médiatico-judiciaire et des moyens d'en sortir*. Éd. Seuil, 1993, p.126.

<sup>53</sup> « *Un reportage télévisé porte atteinte à la présomption d'innocence uniquement s'il n'est constitué que de témoignages à charge et s'il présente la culpabilité de la personne comme certaine* ». Cass. civ. 2<sup>e</sup> 20 juin 2002, pourvoi n°00-11.916 ; Cass. crim. 19 juin 2001, D. 2001, jurispr. 2538, note Beignier et de Lamy ; Cass. crim. 11 juin 2002, Bull. crim. n°132, JCP 2003, II, 10061, note E. Dreyer. Rev. sc. crim. 2002, p.881, Obs. J-F Renucci.

<sup>54</sup> Tel est le cas lorsque la presse précède l'ouverture d'une information par les autorités judiciaires avec des révélations. Nous pensons notamment à l'affaire de Toulouse et à l'affaire Clearstream.

<sup>55</sup> Nous songeons en particulier à l'affaire d'Outreau dans laquelle le juge d'instruction a procédé à la fouille de jardins à l'aide d'engins de travaux publics, sous la pression des médias.

<sup>56</sup> Nous pensons bien évidemment à la détention provisoire. Le traitement médiatique démultiplie la portée d'un fait divers et empêche généralement le simple recours à un contrôle judiciaire en raison du trouble particulièrement important à l'ordre public. De même, en matière d'application des peines, l'implication de la presse en amont d'une demande d'aménagement de peine suffit à en restreindre considérablement l'obtention.

<sup>57</sup> V. La conférence de presse "improvisée-préparée" du Procureur général Yves Bot dans la salle de la Cour d'assises de Paris le 30 novembre 2005 en faveur des acquittés d'Outreau.

<sup>58</sup> Dans l'affaire d'Outreau, les juges de la chambre d'instruction rappellent « l'émotion qu'aurait suscitée, à l'époque, la libération des personnes concernées, en raison de la gravité des chefs de mises en examen et de la publicité qu'avait reçue l'affaire dans les médias ». Une conseillère a insisté sur l'incidence de « l'extrême

souhaitable pour l'institution. Elle est subie<sup>59</sup>. Et elle doit même être combattue avec pugnacité si l'on souhaite garantir au procès un caractère équitable et impartial. Or, jusqu'à présent, le législateur ne semble pas avoir pris véritablement la mesure du phénomène, bien au contraire. S'il suit les recommandations du rapport Linden<sup>60</sup>, il risque d'en accentuer les dérives. La commission, composée pour moitié de personnalités du monde des médias s'est prononcée en faveur de la levée de l'interdiction de la captation des débats judiciaires. Elle propose un système de liberté encadrée dans lequel l'enregistrement de l'audience serait le principe, et son interdiction l'exception. Actuellement, la justice est relativement impuissante face aux dérapages médiatiques en dehors de l'enceinte judiciaire, pourquoi en irait-il autrement en son sein ? Les atteintes aux principes et aux droits se démultiplieraient. La manipulation médiatique serait d'autant insidieuse et invisible que la diffusion des débats reposerait sur une captation de temps d'audience réelle. Le rapport tente de convaincre que les médias se comporteront avec loyauté, dans le respect des droits<sup>61</sup>... Mais, n'est-ce pas ce qu'ils sont censés déjà réaliser au quotidien. Or, la réalité médiatique nous démontre chaque jour le contraire.

Par ailleurs, le traumatisme constaté dans l'opinion publique et les sphères politiques et judiciaires consécutivement à l'affaire d'Outreau formalise une crise de l'institution de nature à réfléchir aux relations qu'entretient la justice avec les médias, voire à les remettre en cause<sup>62</sup>.

**455.** Le monde des médias ne se contente pas d'ignorer les principes et les droits, il y porte atteinte quotidiennement à travers le traitement médiatique des affaires judiciaires. La défense et plus généralement la justice disposent de capacités de résistance mais faudrait-il encore que le législateur et les praticiens se donnent les moyens de les mettre en œuvre.

## § 2 – Les capacités de résistance des droits de la défense

**456.** Sans nier le fait que nous nous inscrivons désormais dans une société de communication et d'information, la liberté absolue de la presse dans le traitement des dossiers judiciaires n'est pas pour autant une fatalité à laquelle nous devons nous résigner.

Il existe plusieurs dispositifs afin de protéger les droits de la défense face aux dérives médiatiques. Il est possible de s'attaquer aux causes profondes qui font que la défense soit

---

*médiatisation de l'affaire* » sur la motivation de la détention. Elle a relevé qu'avant cette médiatisation, la chambre ne s'était pas référée au critère tiré du trouble à l'ordre public. in Rapport de l'inspection générale des services judiciaires sur le traitement de l'affaire d'Outreau, mai 2006, pp.102-103.

Disponible sur : <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/064000472/0000.pdf> [consulté le 08/07/2007]

<sup>59</sup> « Ces divulgations sont considérées non pas comme un délit mais comme une sorte d'acte civique accompli au nom de la transparence, voire comme un acte citoyen ayant pour but d'empêcher l'étouffement d'une affaire. Le procureur de Paris, M. Marin, a récemment parlé d'un « secret que nos institutions ne sont plus en mesure de garantir », ajoutant que la présomption d'innocence était menacée par « des fuites orientées et parfois malveillantes ». Cela permet, grâce à des extraits soigneusement choisis d'étayer une thèse, d'orienter l'information du journaliste et par conséquent la formation de l'opinion publique ».

<sup>60</sup> V. Rapport de la commission sur l'enregistrement et la diffusion des débats judiciaires du 22 février 2005.

Disponible sur : <http://www.justice.gouv.fr/publicat/rapport/rapportlinden.pdf> [consulté le 08/07/2007]

<sup>61</sup> « L'encadrement de la diffusion répond au même souci de protection des personnes, notamment si la diffusion n'est pas intégrale mais concerne un produit monté, accompagné ou non d'un commentaire. Le montage doit répondre aux exigences de bonne foi, de sincérité et de loyauté ». p.13 du rapport Linden. Mais qui sera le garant du respect de ces principes processuels ?

<sup>62</sup> V. Rapport de l'Assemblée nationale n°3125 par P. Houillon du 06 juin 2006 au nom de la Commission d'enquête dans l'affaire dite d'Outreau, t.2.

tentée de s'exprimer dans la presse. Pour ce faire, il est nécessaire de développer les principes et les droits de la défense afin de parvenir à une équité processuelle entre les parties au procès. Ensuite, et de façon concomitante, il faut poursuivre toute atteinte au secret de l'enquête et de l'instruction. Emprunt d'une ambiguïté originelle<sup>63</sup>, le secret de l'instruction reste un garde-fou efficace contre les dérives médiatiques qui doit être réaffirmé. Les capacités de résistance des droits de la défense face aux dévoiements médiatiques se matérialisent ainsi par un renforcement des droits mais également par un assujettissement à des devoirs, tels que le secret de l'instruction ou le devoir de réserve (A).

À l'instar des interventions législatives en matière de garde à vue, il ne suffit pas de renforcer les droits de la défense, il faut également encadrer plus strictement l'institution médiatique. Plusieurs siècles de libéralisme ne sont pas parvenus à en réguler les abus et les dérives. Aussi est-il opportun d'en réglementer dorénavant l'exercice (B).

### A – Des droits et des devoirs

**457.** « *Des avocats ont peu à peu pris l'habitude de s'exprimer pendant les procès, à la sortie de l'audience, devant les caméras, tenant des conférences de presse qui viraient parfois au règlement de comptes entre eux ou avec le parquet, voire le président* »<sup>64</sup>. L'audience, le procès, et la procédure sont-ils défailants pour que les avocats ressentent le besoin de s'exprimer dans la presse. Les insuffisances voire les carences des principes ne sont-ils pas à l'origine de ces fuites médiatiques ? Ne pouvant s'expliquer ou se faire entendre suffisamment au sein du procès, ils tentent de rallier les médias à leur cause. Cette façon de procéder est parfaitement déloyale puisque la partie adverse ne peut pas contredire équitablement les propos tenus. Mais cette dérive médiatique ne se limite pas à obtenir le dernier mot dans la presse – sans compter que la défense dispose de la parole en dernier dans le procès – cette intervention participe à la pression que l'opinion publique exerce via les médias sur l'ensemble des juridictions amenées à prendre une décision.

En consacrant des nouveaux droits de la défense à travers une intensification des principes, la défense se voit reconnaître le statut de partie, à égalité des armes avec le ministère public si bien qu'elle n'aura plus la tentation d'aller s'exprimer dans la presse (1). Et si l'éventualité se présentait, son nouveau statut n'est pas seulement constitué de droits mais également de devoirs comme celui de préserver le secret de l'instruction et un devoir de réserve vis-à-vis des médias, à l'instar de toute personne participant de façon effective à la procédure (2).

#### 1) Pour un développement des principes et des droits

**458.** Le traitement médiatique des affaires criminelles place généralement la défense dans une situation de net désavantage par rapport aux parties poursuivante et civile. Elle se trouve malgré elle dans une position paradoxale difficilement maîtrisable.

Bien souvent, la personne poursuivie devant une juridiction pénale est présentée par les médias sous le statut "*d'auteur présumé*", périphrase euphémistique désignant assurément un coupable à l'opinion publique tout en préservant, selon les critères établis par la Cour de

<sup>63</sup> DEMATTEIS, Jean., POULET-GIBOT LECLERC, Nadine. *Peut-on supprimer l'article 11 du Code de procédure pénale relatif au secret de l'instruction ?* JCP 2002, I, 170, p.1782.

<sup>64</sup> DANET, Jean. *Justice pénale, le tournant*. Coll. Le Monde actuel, Éd. Gallimard, 2006, p.252.

cassation, la présomption d'innocence. Concrètement, le traitement médiatique oscille entre l'article ou l'entrefilet dans lequel le journaliste ne manque pas d'imputer les faits au "présupposé coupable" – parfois sans prendre le soin d'employer le conditionnel –, et la campagne de presse partisane en raison de la personnalité<sup>65</sup> du mis en cause ou de la particulière gravité des faits<sup>66</sup>. Se pose dès lors la question du positionnement de la défense face à l'emballement médiatique. Doit-elle y participer ?

*A priori*, nous sommes tentés d'affirmer qu'elle n'a aucun intérêt à répondre aux sollicitations ou aux attaques médiatiques<sup>67</sup>. Au contraire, en y réagissant, elle prend le risque de découvrir sa stratégie de défense, de se décrédibiliser, de se tromper de combat et de scène, de ne pas pouvoir se défendre loyalement sur une scène sans enjeu judiciaire ni règle du jeu<sup>68</sup>. Sa participation contribuerait substantiellement à l'application d'un faux contradictoire et d'une égalité des armes apparente. La défense a tout intérêt à résister au déferlement médiatique afin de ne pas l'alimenter ni le légitimer<sup>69</sup>. Avant d'envisager sa médiatisation, elle doit mesurer tous les risques de celle-ci par rapport aux justifications qui la motive et l'intérêt qu'elle escompte en tirer.

Or, nous observons qu'elle intervient trop souvent pour de mauvaises raisons. La première, et certainement la plus fréquente d'entre elles, se manifeste sous les traits narcissiques et égocentriques<sup>70</sup> dont certains conseils font montre en accordant des déclarations à la presse avant tout pour exister personnellement, tout en feignant la défense de la personne suspectée. Ces agissements desservent plus qu'ils ne profitent à la défense. De même, l'intervention de l'avocat, pour rectifier la chronologie et la véracité des faits, pour tenter de mettre un terme à la calomnie publique et à l'emballement médiatique, ne constitue pas plus un engagement de nature à se justifier publiquement.

---

<sup>65</sup> Les emballements médiatiques sont parfois liés à la personnalité publique de l'auteur. Il peut s'agir d'hommes politiques tel que Bernard Tapie, Alain Juppé, Dominique Strauss-Kahn ou Jean Tibéri, ou encore de célébrités du spectacle comme avec l'affaire Bertrand Cantat.

<sup>66</sup> A titre d'exemple, au début de l'année 2006, la presse s'est emparée du meurtre et du viol d'un enfant de 4 ans, prénommé Mathias dans la Nièvre, et du meurtre de la petite Madison, âgée de 5 ans, dans les Bouches du Rhône.

<sup>67</sup> Nous partageons l'avis de ces auteurs : « *je crois en effet que les déclarations des avocats pendant la durée du procès constituent le plus souvent des maladroites ; c'est à l'intérieure de la salle d'audience que se passent les choses ; c'est là qu'est le débat contradictoire, c'est là que l'on peut gagner* ». **LECLERC**, Henri. *Un combat pour la justice*. Coll. La découverte/témoins, 1994, p.417 ; Face à la provocation médiatique, « *vous essayer d'offrir le moins de prise à tout commentaire. L'absence de communication vous procure plusieurs avantages. D'abord celui de ne pas vous faire fouetter avec les verges que vous donnez aux adversaires. Car toute information dans ces circonstances se retourne contre vous. Ensuite, l'absence de contradiction entraîne le journaliste à commettre des erreurs dans ces agressions...* » **SOULEZ-LARIVIERE**, Daniel. *Lettre à un jeune avocat*. Éd. Balland, 1999, p.90.

<sup>68</sup> « *Que doit faire l'avocat quand on le presse, quand on agite sous son nez des éléments accablants pour son client ? S'il accepte le débat, quelle garantie a-t-il ?... N'est-on pas en train de lui tendre un piège ? Faut-il donc tout de suite dévoiler une défense qui ne peut se construire que lorsque le dossier sera complet ? Ne risque-t-il pas de s'avancer sur un terrain qu'il croit solide, alors que demain il s'effondrera et qu'il faudra faire marche arrière ? Cette justice contrefaite, où chacun cache ses cartes, ce poker où l'on force l'autre à s'avancer, à payer pour voir est, il faut le dire, l'opposé même des garanties judiciaires* ». **LECLERC**, Henri., **THEOLLEYRE**, Jean-Marc. *Les médias et la justice. Liberté de la presse et respect du droit*. Éd. CFPJ, 1996, p.50.

<sup>69</sup> « *La complicité [avec les médias] consiste à jouer le jeu, à répondre non point pour contredire utilement mais pour participer au spectacle et servir les journalistes. J'aurais été [...] celui qui délivre le détail supplémentaire permettant de se donner bonne conscience en laissant imaginer au lecteur que l'objectivité est assurée parce que l'avocat a été consulté* ». **SOULEZ-LARIVIERE**, Daniel. *Lettre à un jeune avocat*. Éd. Balland, 1999, p.86.

<sup>70</sup> **SOULEZ-LARIVIERE**, Daniel. loc. cit. p.91 ; **LECLERC**, Henri., **THEOLLEYRE**, Jean-Marc. loc. cit. p.20 ; **SAINT-PIERRE**, François. *L'avocat de la défense et les grands procès*. AJ pénal 2006, p.108.



En raison de l'influence croissante des médias sur l'institution judiciaire, au point de s'interroger sur l'existence d'un lien de subordination des premiers sur la seconde<sup>71</sup>, la défense peut être tentée de revoir sa position et livrer également un combat sur la scène médiatique. Cependant, pour toutes les raisons et les risques développés précédemment, une telle intervention ne serait ni opportune ni probante pour la défense. Face à la violence médiatique, il existe d'autres moyens d'action plus effectifs et judicieux que la tentation d'y participer. Elle peut agir sur le terrain judiciaire de la diffusion de fausses nouvelles, de l'injure, de la diffamation<sup>72</sup> ou exiger un droit de réponse<sup>73</sup>. La jurisprudence en matière de délits de presse fixe les limites à l'exercice de la liberté des médias au-delà desquelles les atteintes à l'honneur de la personne et/ou à la présomption d'innocence sont pénalement sanctionnées. Les peines prononcées par les juridictions comme la publication de la décision judiciaire, les amendes et/ou les montants de dommages et intérêts, sont relativement dissuasives. Néanmoins, si les atteintes à la personne sont en pratique relativement fréquentes, il nous faut constater que la défense en fait usage avec parcimonie. La spécificité du contentieux, tant au plan processuel qu'au plan des éléments constitutifs de ces infractions, explique en partie son faible recours. En réalité, la principale explication demeure dans le fait que le mis en cause ne souhaite pas l'ouverture d'un second procès. Il en résulte que des atteintes flagrantes à la personne dûment constatées restent impunies<sup>74</sup> et encouragent leur auteur à les réitérer<sup>75</sup>, voire à les accentuer.

**459.** Est-ce à dire qu'il existe uniquement de mauvaises raisons à l'intervention de la défense dans les médias ?

L'unique bonne raison qui selon nous justifie le recours à un tel procédé provient d'une situation d'impasse au sein de la procédure judiciaire. Elle correspond à l'hypothèse où la défense ne parvient plus à s'exprimer librement, à se faire entendre et comprendre équitablement des magistrats professionnels. Le cadre judiciaire se montre parfois attentatoire aux droits de la défense. Il ne permet pas toujours à la défense de s'informer, de s'exprimer et de contredire équitablement les arguments de la partie poursuivante. Les principes et les droits sont absents de la mise en état du droit disciplinaire en prison<sup>76</sup>. Ils sont défaillants pendant la garde à vue<sup>77</sup> et insuffisants pendant l'instruction<sup>78</sup>. Ce ne sont donc pas les occasions qui manquent à la défense d'aller s'exprimer dans la presse. Le but n'est pas de rétablir un quelconque dialogue avec les magistrats mais de prendre l'opinion publique à témoin sur la

<sup>71</sup> DANET, Jean. loc. cit. pp.264-273.

<sup>72</sup> Art. 27 et 29 de la Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse. DREYER, Emmanuel. *Diffamations et injures publiques*. in J-Cl. Pénal Annexes. Fasc. 90, mis à jour du 09 juillet 2005.

<sup>73</sup> Art. 13 de la Loi du 29 juillet 1881. « *Ce droit est un moyen efficace de défense. Venir sur le terrain de l'autre en étant meilleur que lui, voilà l'efficacité qui, de surcroît, soulage le client en lui donnant une bouffée d'oxygène* ». SOULEZ-LARIVIERE, Daniel. loc. cit. p.89.

<sup>74</sup> V. Le journal télévisé de 08 heures de France 2 du 15 mai 2006. Dans l'affaire du meurtre du petit Mathias à Moulins-Engilbert, le journaliste précise à propos du meurtrier présumé qu'il s'agit d'un multi récidiviste qui a déjà été condamné à 6 mois d'emprisonnement avec sursis en 1983 pour un attentat à la pudeur sur un mineur de moins de 15 ans, puis à deux ans de prison ferme pour une agression sexuelle sur les mineurs de son conjoint en 1989. Or, le fait de révéler une condamnation effacée du casier judiciaire par la réhabilitation constitue manifestement l'infraction de diffamation (Art. 35 de la Loi du 29 juillet 1881). Le service juridique de la chaîne, spécialisé par nature en droit de la presse, a-t-il omis de le signaler ? L'infraction est tellement manifeste et réitérée qu'il est plus vraisemblable qu'il s'agisse d'un choix délibéré de la rédaction.

<sup>75</sup> L'infraction se renouvelle dans le journal télévisé de 13 et 20 heures de France 2 du 15 mai 2006.

<sup>76</sup> Cf. supra n°122 et s.

<sup>77</sup> Cf. supra n°254 et s.

<sup>78</sup> Cf. supra n°299 et s.

manière de procéder de l'OPJ ou du juge. La défense instrumentalise la presse<sup>79</sup>. Elle tente d'obtenir sous la pression des médias ce qu'elle n'a pas pu obtenir légalement dans la procédure judiciaire. Ce procédé est particulièrement déloyal, aléatoire et dangereux.

Rien ne permet de préjuger du résultat, surtout lorsque l'on sait que l'impartialité d'un magistrat se mesure notamment à sa capacité de résistance à l'égard de la presse. Ensuite, la compromission de la défense avec les médias ne signifie nullement que ces derniers instruiront dans le sens indiqué par elle. Enfin, l'extériorisation du procès risque d'amplifier les tensions entre les parties, et entre la défense et le(s) magistrat(s). Une fois que l'affaire est publique, elle peut faire l'objet de dérives médiatiques et devenir très rapidement incontrôlable. Devant ces risques, le recours à la presse s'apparente à un acte désespéré de la défense.

Afin de limiter les fuites médiatiques, ne serait-il pas plus opportun d'agir directement sur ses causes : les carences et les insuffisances des principes et des droits. Dans l'hypothèse d'un accroissement conséquent de l'effectivité des principes aux phases critiques du procès, de l'apparition de nouveaux droits de la défense<sup>80</sup>, et du rétablissement de l'équilibre entre les parties et de l'équité dans la procédure pénale, la défense n'aurait strictement plus aucun intérêt à s'exprimer devant les caméras<sup>81</sup>. Par ailleurs, ce nouveau statut ne serait pas uniquement constitué d'un développement des droits et des principes, il consacrerait également des devoirs tels que le respect du secret de l'instruction. En participant activement à la procédure judiciaire, la défense deviendrait responsable, au même titre que le ministère public ou toute autre personne qui concourt à la procédure au sens de l'article 11 du Code de procédure pénale, du secret des actes réalisés pendant l'enquête et l'instruction.

## 2) Pour une application effective du secret de l'instruction

**460.** Les raisons d'être du secret de l'instruction à l'origine de son établissement en 1958 sont toujours valables aujourd'hui. « *La notion de secret a toujours existé en pratique, qu'elle ait une valeur légale ou jurisprudentielle, et elle s'explique par une double nécessité. Il s'agit tout d'abord de préserver la présomption d'innocence, [...] dont le fondement à une valeur constitutionnelle. Une information judiciaire pouvant se terminer par un non-lieu et un procès par une relaxe ou un acquittement, il est essentiel de protéger l'honneur et la considération de la personne impliquée afin qu'elle ne puisse être présentée comme coupable aux yeux de l'opinion publique. Il est ensuite nécessaire de préserver l'efficacité de l'enquête qui impose que les investigations utiles à la manifestation de la vérité puissent être accomplies discrètement et sans délais afin d'éviter tout à la fois la disparition des preuves, des pressions sur les témoins ou les victimes, ou encore un risque de fuite de personnes recherchées* »<sup>82</sup>.

---

<sup>79</sup> La défense n'a nullement le monopole de la tentation à instrumentaliser la presse. Il faut même reconnaître qu'en pratique, les enquêteurs, le juge d'instruction, le procureur ou encore la partie civile ont plus intérêt que la défense à organiser des fuites dans les médias. V. **BOLARD**, Georges., **GUINCHARD**, Serge. *Le juge dans la cité*. JCP 2002, I, 137.

<sup>80</sup> Cf. infra Titre 2.

<sup>81</sup> Contra **CHARON**, Jean-Marie., **FURET**, Claude. *Un secret si bien violé*. Éd. Le Seuil, 2000, p.194.

<sup>82</sup> **DEMATTEIS**, Jean., **POULET-GIBOT LECLERC**, Nadine. *Peut-on supprimer l'article 11 du Code de procédure pénale relatif au secret de l'instruction ?* JCP 2002, I, 170, p.1782.

L'article 11 du Code de procédure pénale était supposé mettre un terme aux débordements médiatiques<sup>83</sup> et préserver l'honorabilité des parties tout en assurant au magistrat un minimum de sérénité et de marge de manœuvre dans ses investigations. Or, en pratique, il se révèle comme « *l'un des trompe l'œil les plus célèbres de notre droit* »<sup>84</sup>, au point d'être qualifié, dès le début du XX<sup>e</sup> siècle, de « *secret de polichinelle* »<sup>85</sup> par R. Garraud. Son irrespect n'est donc pas nouveau. Et les causes de ce manque de respect sont fort bien connues du législateur, des auteurs et des praticiens. Dès l'origine, il existe une ambivalence manifeste sur son bien fondé et son opportunité<sup>86</sup>. Le législateur pose le principe afin de prévenir les abus d'une certaine presse tout en ne l'imposant pas aux personnes auxquelles il est destiné, à savoir les médias<sup>87</sup>. En revanche, il le prescrit à l'égard "*des personnes qui concourent à la procédure*", critère relativement flou, et par conséquent, à l'origine d'une certaine confusion<sup>88</sup>, d'autant que de plus en plus de personnes ont accès au dossier<sup>89</sup> sans nécessairement y concourir. En conséquence, il ne se révèle d'aucune utilité pratique et d'aucune portée juridique. Nous en voulons pour preuve l'absence de sanction pénale en cas de violation. « *Il n'y a en effet ni peine d'emprisonnement ou d'amende spécifiquement encourue pour qui s'affranchirait de cet imperium, ni sanction jurisprudentielle en termes de régularité de la procédure la chambre criminelle de la Cour de cassation*<sup>90</sup> ayant estimé qu'une telle violation postérieure à l'accomplissement de l'acte n'était pas de nature à entraîner une annulation de la procédure au motif que la divulgation d'un acte régulièrement fait ne peut avoir pour conséquence d'en altérer la validité »<sup>91</sup>.

---

<sup>83</sup> « *Ce qui est en cause, aujourd'hui, avec le secret de l'instruction, c'est la divulgation à des tiers, en fait à des journalistes, non pas des faits à l'origine de la procédure, faits qui appartiennent à tout le monde, mais des éléments de la procédure, que l'on retrouve dans la presse, parfois in extenso, sous couvert d'un soi-disant journalisme d'investigation qui cache le plus souvent un journalisme de délation* ». **GUINCHARD**, Serge., **BUISSON**, Jacques. *Procédure pénale*. Éd. Litec, 2005, p.19 et 751.

Pour l'exemple, dans l'affaire Clearstream, le procès-verbal d'interrogatoire du juge Van Ruymbeke a été publié *in extenso* le lendemain de son audition sur le site internet du Figaro.

Disponible sur : <http://www.lefigaro.fr/pdf/clearstream2.pdf> [consulté le 08/07/2007]

<sup>84</sup> **DESPORTES**, Frédéric. *Le secret de l'instruction*. in J-Cl. Procédure pénal, Art. 11, 1998, p.4.

<sup>85</sup> **GARRAUD**, R. *Traité d'instruction criminelle*. t. III, n°768.

<sup>86</sup> « *Animé par le désir de lutter contre les abus qu'un scandale récent venait de souligner, le législateur renonce cependant à déduire les conséquences du principe qu'il pose* ». in **GRANIER**, J. *L'article 11 du Code de procédure pénale : quelques réflexions sur le secret d'instruction*. JCP, G, 1958, I, 1453.

<sup>87</sup> « *Le secret de l'instruction [...] ne peut porter aucune atteinte à la liberté de la presse* ». Compte rendu intégral, AN, du 20 juin 1957, p.2798.

<sup>88</sup> La dissociation initiale s'expliquait par le fait que la défense – comme la partie civile – n'était pas considérée comme une partie, à part entière, mais davantage comme un intervenant strictement spectateur. Aujourd'hui, elle peut prendre une part active à l'instruction. Le développement souhaité des droits et des principes au sein du procès doit lui conférer un réel statut de partie, à armes égales avec le ministère public. Aussi, il serait totalement justifié de l'astreindre aux contraintes du secret de l'instruction comme n'importe quelle personne concourant à la procédure. V. également **DELMAS-MARTY**, Mireille. *Procédures pénales d'Europe*. Coll. Thémis, Éd. PUF, 1995, p.601.

<sup>89</sup> Il y a l'ensemble du personnel de justice, magistrats, greffiers, enquêteurs auxquels il faut ajouter les experts, les avocats, le mis en examen, le témoin assisté, la partie civile, l'administrateur ad hoc ou encore l'administration fiscale et dernièrement les maires. Cf. art. L. 2211-2 et 2211-3 du Code général des collectivités territoriales.

<sup>90</sup> Cass. crim. 5 juin 1947, Bull. crim. n°147 ; Cass. crim. 24 avril 1984, D. 1986. 124, note Chambon ; sauf atteintes aux intérêts de la partie concernée. Cass. crim. 19 juin 1995, Dr. pénal 1995, Comm. n°239, Obs. Maron ; mais il peut ouvrir droit au recours de l'article 9-1 du Code civil. Cass. crim. 30 avril 1996, Bull. crim. n°183.

<sup>91</sup> **DEMATTEIS**, Jean., **POULET-GIBOT LECLERC**, Nadine. op. cit. p.1788.

En réalité, il convient de nuancer le propos en raison des sanctions disciplinaires imputables aux professionnels<sup>92</sup>, d'une part, et du délit d'atteinte au secret professionnel<sup>93</sup>, d'autre part. Ainsi, la chambre criminelle considère que « *l'avocat qui révèle à un tiers le contenu d'un acte couvert par le secret de l'instruction en méconnaissance des dispositions de l'article 160 du décret du 27 novembre 1991*<sup>94</sup> *se rend coupable du délit de violation du secret professionnel* »<sup>95</sup>.

En surplus, le législateur ajoute à notre droit positif le délit d'entrave à l'exercice de la justice<sup>96</sup> auquel les avocats sont prioritairement astreints<sup>97</sup>. Cette nouvelle infraction n'est pas sans incidence sur la défense<sup>98</sup>, même si le législateur en a réformé le contenu<sup>99</sup>. En revanche, aucune sanction n'est envisagée à l'égard du mis en examen, du témoin assisté ou du simple témoin.

En ce qui concerne les médias, seul le délit de recel de violation du secret de l'instruction peut leur être imputé<sup>100</sup>. Encore faut-il que le ministère public ouvre des informations ou poursuive les auteurs d'atteintes au secret de l'instruction. La politique pénale en la matière démontre au contraire un comportement très réservé, sinon passif. Pour s'en convaincre, il suffit d'analyser le traitement des affaires criminelles dans les médias. La fréquence des atteintes est quasi quotidienne lorsque celle des poursuites est trimestrielle. Le défaut d'impulsion politique est patent, et il participe activement aux dérives médiatiques actuelles.

Il résulte de tous ces éléments un constat irréfragable : le secret de l'instruction n'existe que dans le texte de l'article 11 et il n'y a aucune volonté d'en assurer une éventuelle application.

**461.** Devant cet échec législatif, politique et juridique, pourquoi est-il nécessaire non seulement de garantir ce principe mais également de le renforcer ?

---

<sup>92</sup> Cf. supra n°444.

<sup>93</sup> Art. 226-13 du C. pén. et 114-1 du C. pr. pén. V. Dossier sur *Le secret professionnel : croissance ou déclin ?* AJ pénal, avril 2004, n°4.

<sup>94</sup> L'article 160 du Décret du 27 novembre 1991 relatif à l'organisation de l'avocat a été abrogé et remplacé par l'article 5 du Décret n°2005-790 du 12 juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat.

<sup>95</sup> Cass. crim. 18 septembre 2001, Bull. crim. n°179. Dr. pénal 2002, Comm. n°16, Obs. Véron.

<sup>96</sup> Art. 434-7-2 du C. pén.

<sup>97</sup> « *Comme il est notoire qu'aucun enquêteur n'a jamais parlé avec un journaliste d'un dossier qui lui était confié, qu'aucun juge d'instruction ou procureur n'a jamais mis la presse au service de la stratégie qu'il entendait mener, que les experts et les greffiers sont aussi désintéressés que muets, il va de soi que les violations quotidiennes de ce texte passoire ne peuvent provenir que des avocats !* » **COCUSSE**, Jean-Louis., **FEUGERE**, William. *Au préjudice des droits de la défense*. Gaz. Pal. du 25 et 26 mai 2005, chron. p.1618.

<sup>98</sup> « *L'article 414-7-2 est d'une redoutable applicabilité en amont de la sanction. Il permet, sur le fondement d'une simple déclaration recueillie non contradictoirement par un enquêteur, de jeter la suspicion sur les diligences d'un avocat. Il autorise dès lors le magistrats, que l'action de cet avocat contrarie dans l'idée qu'il se fait de l'information, de demander au ministère public de prendre des réquisitions afin de mise en examen avec toutes les conséquences possibles* ». *ibid.* id. p.1621.

<sup>99</sup> L'article 434-7-2 du Code pénal a fait l'objet d'une réforme suite à la mobilisation des Barreaux à propos du placement en garde à vue puis en détention provisoire de l'avocate France Moulin. V. **DUFOR**, Olivia. *Une avocate en prison*. PA du 26 avril 2005, p.3. Communiqué du SAF du 21 avril 2005 ; Communiqué de la CNA du 22 avril 2005 ; l'appel à la grève du FNUJA ; La lettre ouverte au Garde des Sceaux de Michel Bénichou, président du Conseil national des Barreaux dans laquelle il rappelle l'amendement Badinter qui a permis d'ajouter à l'infraction : « *sans préjudice des droits de la défense* ». Et le président de constater « *qu'en réalité cette disposition est inopérante car ignorée tant dans sa lettre que dans son esprit* ». C'est pourquoi, il réclame la suppression de l'article au nom de la profession.

<sup>100</sup> **BEIGNIER**, Bernard., **de LAMY**, Bertrand. *Recel de violation de secret de l'instruction et liberté d'expression*. D. 2001, jurisp. p.2538.

Il doit être garanti et protégé parce que ses fondements originels persistent et justifient encore aujourd'hui son existence<sup>101</sup>. Pour y parvenir, il convient d'édicter et surtout d'appliquer un délit de divulgation d'informations sur une procédure en cours à l'égard de toutes les personnes intervenantes au dossier et non plus seulement celles qui y concourent. Ce critère volontairement plus large permet d'astreindre uniformément au secret toutes les personnes liées à la procédure. En outre, il a le mérite de respecter le principe de l'égalité des personnes devant la loi, ce qui n'est pas le cas actuellement.

Ensuite, il est indispensable que cette réforme soit ostensiblement affichée et fermement soutenue par une volonté politique déterminée à rendre la protection du principe effective. Il ne suffit pas d'établir une infraction opposable à tous avec un régime juridique unique pour le protéger. Il faut également une politique pénale volontaire, prête à poursuivre toute atteinte au principe en dehors des limites accordées à la liberté de la presse.

À défaut, il serait judicieux de multiplier les cas d'ouverture d'une information pour violation du secret de l'instruction, au moyen de la plainte avec constitution de partie civile, afin de contourner l'inertie plus que probable du ministère public à l'égard de ces atteintes.

Enfin, il est permis de s'interroger sur l'existence réelle et sérieuse d'une quelconque atteinte à la liberté de la presse à garantir le secret des investigations pendant l'enquête et l'instruction dans la mesure où il est levé *erga omnes* lors de l'audience publique ? Par définition, le secret<sup>102</sup> de l'instruction est provisoire et relatif. Il existe durant le temps de l'enquête et de l'information et il est seulement opposable aux tiers. Doit-on considérer comme une atteinte à la liberté de la presse le fait de différer dans le temps la connaissance d'informations débattues durant l'audience ? Il ne s'agit en aucun cas de cacher à l'opinion publique une quelconque information<sup>103</sup>. Il s'agit juste de ne pas la dévoiler en temps réel.

Le respect des droits de la défense et spécialement de la présomption d'innocence<sup>104</sup> passe par une réhabilitation du secret de l'instruction, garde-fou indispensable contre les dérives médiatiques. Cependant, le renforcement de ce principe dans le but de dissuader, et sanctionner si nécessaire les sources proches du dossier de révéler des informations, n'est pas suffisant. Il est également nécessaire de responsabiliser ou d'encadrer la liberté de la presse si l'on souhaite véritablement mettre un terme à l'atteinte aux principes et aux droits de la défense par l'intermédiaire de l'instruction médiatique des dossiers judiciaires.

## B – Une liberté de la presse maîtrisée ?

**462.** L'encadrement de la liberté de la presse dans le traitement des affaires judiciaires est une évolution souhaitable et une garantie nécessaire à la protection des principes du contradictoire et de l'égalité des armes et des droits de la défense.

Le droit du public à l'information et le droit d'expression du journaliste sont issus du principe de la liberté d'expression et de communication reconnu à chaque échelon de notre pyramide des normes. Il figure dans le préambule de la Déclaration des droits et devoirs du journaliste

---

<sup>101</sup> Cf. supra n°459.

<sup>102</sup> Le vocable "secret" est-il employé à bonne escient dans la mesure où la publicité judiciaire est seulement différée dans le temps. Dans sa définition, il induit l'idée d'éternité, ou du moins d'une très longue durée. Il en est ainsi du secret des délibérations d'un jury d'assises. En l'espèce, le caractère provisoire est connu de tous *ab initio*. Aussi s'agit-il davantage d'une publicité restreinte et différée jusqu'à l'ordonnance de renvoi devant la juridiction compétente.

<sup>103</sup> DEMATTEIS, Jean., **POULET-GIBOT LECLERC**, Nadine. op. cit. p.1786.

<sup>104</sup> V. CEDH du 28 janvier 2005, Aff. *Y.B. et autres c/Turquie*, req. n°48173/99, §§46-50.

de 1971. Il est inscrit à l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et reconnu constitutionnellement par les hautes juridictions nationales<sup>105</sup>. En outre, il est consacré à l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne<sup>106</sup> ainsi qu'à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme où il fait l'objet d'une jurisprudence particulièrement protectrice.

La liberté d'expression n'a cessé de se renforcer depuis l'arrêt *Handyside* de 1976, dans lequel les juges européens ont déclaré qu'elle constitue « l'un des fondements essentiels de toute société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun »<sup>107</sup>. Ils ont ajouté qu'elle « vaut non seulement pour les informations ou idées accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction de la population »<sup>108</sup>.

La Cour adopte ainsi une définition élargie de la liberté d'expression. Elle entend également protéger le secret des sources journalistiques et accorder aux journalistes un droit d'enquêter<sup>109</sup>. « La protection des sources journalistiques est l'une des pierres angulaires de la liberté de la presse, comme cela ressort des lois et codes déontologiques en vigueur dans nombre d'États contractants et comme l'affirment en outre plusieurs instruments internationaux<sup>110</sup> sur les libertés journalistiques »<sup>111</sup>.

Par conséquent, la liberté de la presse est protégée par les plus hautes instances nationales et européennes. Son fondement, son existence et sa légitimité ne peuvent plus être remis en cause, quand bien même notre législateur en déciderait autrement. Néanmoins, sa protection ne signifie pas pour autant qu'elle soit absolue<sup>112</sup>.

---

<sup>105</sup> Cons. const. 18 septembre 1986, n°86-217 DC. Rec. p.141 ; RJC, I, p.283 ; Cons. const. 29 juillet 1994, n°94-345 DC. Rec. p.106 ; RJC, I, p.595 ; JCP 1994, II, 22359, note R. Debbasch ; PA du 18 octobre 1995, obs. M. Verpeaux, p.7 ; Cons. const. 27 juillet 2000, n°2000-433 DC. Rec. p.121 ; PA du 31 juillet 2000, obs. J-E. Schoettl, p.12 ; D. 2001, chron., obs. A. Lepage, p.322. V. **MORANGE**, Jean. *La liberté d'expression*. Éd. Que sais-je, 1993.

En Europe, art. 5 de la Loi Fondamentale de la République d'Allemagne, art. 20 de la Constitution d'Espagne, art. 21 de la Constitution de la République italienne, art. 12 de la Constitution de Finlande et l'art. 10 de Human Rights Act pour le Royaume-Uni.

<sup>106</sup> V. site du parlement européen.

Disponible sur : [http://www.europarl.europa.eu/comparl/libe/elsj/charter/art11/default\\_fr.htm](http://www.europarl.europa.eu/comparl/libe/elsj/charter/art11/default_fr.htm) [consulté le 08/07/2007]

<sup>107</sup> CEDH du 7 décembre 1976, Aff. *Handyside* c/Royaume-Uni, Série A, n°24, § 49.

<sup>108</sup> CEDH du 26 avril 1979, Aff. *Sunday Times* c/Royaume-Uni, Série A, n°30, § 65 ; CEDH du 26 novembre 1991, Aff. *Observer et Guardian* c/Royaume-Uni, Série A, n°216, § 59 ; CEDH du 25 avril 2006, Aff. *Stoll* c/Suisse, req. n°69698/01, § 43.

<sup>109</sup> Elle figure sous l'article 19 de la Déclaration universelle des droits de l'homme qui précise que « tout individu a droit à la liberté d'opinion et d'expression, ce qui implique le droit [...] de rechercher [...] les informations et les idées par quelques moyens d'expression que ce soit ». V. **DERIEUX**, Emmanuel. *Droit européen et internationale des médias*. LGDJ, 2003, p.153 ; CA Paris 23 janvier 1990. D. 1990, IR p.67.

<sup>110</sup> V. notamment la Résolution sur les libertés journalistiques et les droits de l'homme, adoptée à la 4<sup>e</sup> Conférence ministérielle européenne sur la politique des communications de masse à Prague, les 7 et 8 décembre 1994, et la Résolution du Parlement européen sur la non-divulgence des sources journalistiques du 18 janvier 1994, JO des Communautés européennes n° C 44/34.

<sup>111</sup> Au départ, la France ne reconnaissait pas l'existence d'un secret professionnel pour les journalistes. Finalement, elle s'y est résolu sous la pression de la Cour européenne. CEDH du 27 mars 1996, Aff. *Goodwin* c/Royaume-Uni, req. n°17488/90, § 39. AJDA 1996, p.1019, chron. Flauss, Jean-François ; CEDH du 21 janvier 1999, Aff. *Fressoz et Roire* c/France, req. n°29183/95, § 45. Gaz. Pal. 25 juillet 1999, jurisp. p.482, note Pierre Lambert ; Rev. sc. crim. 1999, chron. p.630, note Florence Massias ; JCP 1999, II, 10120, note Emmanuel Derieux.

<sup>112</sup> Comme le fait très justement remarquer Jean-Claude Soyer dans une opinion dissidente jointe au rapport de la commission, « il paraît difficile de soutenir au regard de l'article 10 lui-même qui légitime en son paragraphe

**463.** Au second alinéa de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, il est précisé que « *l'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, [...] à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, [...] à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire* ».

Les pères fondateurs de la Convention européenne des droits de l'homme ne se sont pas contentés de penser l'encadrement de la liberté de la presse en tant que limite théorique. Ils ont établi des critères d'application afin d'apprécier concrètement la priorité des principes<sup>113</sup>. Au fil de la jurisprudence, les juges européens ont développé une méthode de comparaison des libertés antinomiques fondée sur la légalité, la finalité et la proportionnalité. Ils vérifient « *si l'ingérence dénoncée correspond à un besoin social impérieux, si elle est proportionnée au but légitime visé et si les motifs invoqués par les autorités nationales pour la justifier sont pertinents et suffisants* »<sup>114</sup>. Pour juger de l'existence d'un tel besoin et évaluer quelles mesures il convient d'adopter pour y parer, les autorités nationales jouissent d'une certaine marge d'appréciation<sup>115</sup>. À travers une appréciation *in concreto* des cas d'espèce, la Cour se livre à une analyse équilibrée et dispose manifestement d'un sens des nuances, grâce à la mise en œuvre d'un principe processuel incontournable, celui de la proportionnalité<sup>116</sup>. Ce dernier permet de comparer, de mesurer, d'évaluer et finalement de trancher entre des dispositions contraires.

Par ailleurs, l'article 10-2 de la Convention européenne des droits de l'homme n'est plus la seule source à rappeler les limites de la liberté d'expression. Pour la première fois, la Cour européenne souligne – au détour d'une condamnation pour atteinte à l'article 10 – que « *les journalistes ne sauraient en principe être déliés, par la protection que leur offre l'article 10 de la Convention, de leur devoir de respecter les lois pénales de droit commun, le paragraphe 2 de cette disposition posant d'ailleurs les limites de l'exercice de la liberté d'expression* »<sup>117</sup>. Elle s'interroge donc sur le point de savoir si dans les circonstances

2 « *des normes nécessaires à la protection des droits d'autrui* » que le droit d'informer serait discrétionnaire et insusceptible d'abus ». Rapport de la Commission européenne des droits de l'homme du 13 janvier 1998, sur Aff. *Fressoz et Roire* c/France.

Un avocat ajoute à cette remarque que : « *soumettre le droit d'informer à l'obligation de respecter les lois pénales et la déontologie ne porte aucunement atteinte à la liberté de la presse comme on l'entend souvent, pas plus que ne constitue une restriction à la liberté de circulation, les limitations de vitesse ou l'obligation de rouler à droite* ». Gaz. Pal. 25 juillet 1999, jurisp. p.482, note Pierre Lambert.

<sup>113</sup> **DERIEUX**, Emmanuel. op. cit. p.193.

<sup>114</sup> CEDH du 26 avril 1979, Aff. *Groppera radio AG et autres* c/Suisses, req. n°10890/84, §§65-73 ; CEDH du 03 octobre 2000, Aff. *Roy et Malaurie* c/France, req. n°34000/96, § 27 ; CEDH du 15 décembre 2005, Aff. *Kyprianou* c/Chypre, req. n°73797/01, §§170-175.

<sup>115</sup> **TULKENS**, Françoise., **DONNAY**, Luc. *L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature ?* Rev. sc. crim. 2006, p.3 ; **GREER**, Steven. *La marge d'appréciation : interprétation et pouvoir discrétionnaire dans la cadre de la Convention européenne des Droits de l'homme*. Conseil de l'Europe. Dossier droits de l'homme, n°17, 2000 ; **KASTANAS**, Elias. *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*. Éd. Bruylant, 1996.

<sup>116</sup> **MUZNY**, Petr. *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme : essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*. Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005.

<sup>117</sup> CEDH du 21 janvier 1999, Aff. *Fressoz et Roire* c/France, req. n°29183/95, § 52 ; CEDH du 20 mai 1999, Aff. *Bladet, tromsø et Stensass* c/Norvège, req. n°21980/93, § 65.

particulières de l'affaire, l'intérêt d'informer le public l'emporte sur les devoirs et responsabilités du journaliste ?

Nous mesurons la portée de cette transposition au niveau de nos juridictions internes si une telle interrogation se posait par rapport « à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire ».

Enfin, il n'est pas surprenant de voir apparaître le principe d'égalité des armes parmi les critères opérationnels à déterminer l'existence ou non d'une atteinte. Dans l'arrêt *Steel et Morris* du 15 décembre 2005<sup>118</sup>, pour la première fois, les juges européens ont fondé principalement la violation de l'article 10 de la Convention sur le non-respect du principe d'égalité des armes. Ils retiennent que « pour apprécier la proportionnalité de l'ingérence au regard de l'article 10, la Cour doit aussi prendre en considération l'inégalité des armes et les difficultés auxquelles les requérants se sont heurtés ». En effet, il existe une relation privilégiée entre le constat d'une inégalité des armes et le principe de proportionnalité<sup>119</sup>. La première agit nécessairement sur ce dernier. En l'espèce, l'inégalité des armes se manifestait par le fait que les demandeurs n'avaient pas bénéficié de l'aide judiciaire pour se défendre. La Cour constatait un déséquilibre d'équité entre la nécessité de protéger le droit des requérants à la liberté d'expression et celle de protéger les droits et la réputation d'une multinationale.

Cette nouvelle analyse de l'article 10 de la Convention, fondée sur le principe d'égalité des armes, est très intéressante par rapport aux perspectives de développement qu'elle ouvre. En effet, en France, les hypothèses d'inégalité des armes au détriment de la « protection de la réputation ou des droits d'autrui ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire » sont plus fréquentes que celles relatives la liberté de la presse. En outre, le poids social et économique des parties est inverse. Aussi, au regard de la " maltraitance médiatique " subie par certains suspects et des multiples atteintes à la présomption d'innocence ou au secret de l'instruction, une condamnation de la France pour atteinte aux droits d'autrui sur le fondement d'une inégalité des armes est plus que probable – et fort souhaitable – pour l'avenir. À notre sens, et contre l'avis d'un auteur<sup>120</sup>, comme de la position du législateur jusqu'ici, seule une évolution en ce sens de la jurisprudence européenne serait susceptible d'ouvrir un commencement d'encadrement de la liberté de la presse.

**464.** Certes, il n'est pas dans nos traditions politiques et juridiques d'encadrer la liberté de la presse. Néanmoins, après le traitement médiatique réservé notamment à l'affaire d'Outreau et à celle de Toulouse<sup>121</sup>, l'opportunité d'un encadrement des médias semblait acquise, tant au sein de l'opinion publique que de la classe politique<sup>122</sup>. Seule la question du type de contrôle restait en suspend. Serait-ce un conseil de l'ordre, semblable à celui de la profession de médecin ou d'avocat, ou une disposition législative répressive d'encadrement ? La commission d'enquête parlementaire sur l'affaire d'Outreau a un moment envisagé la

---

<sup>118</sup> CEDH du 15 décembre 2005, Aff. *Steel et Morris* c/Royaume-Uni, req. n°68416/01, § 95.

<sup>119</sup> **RABILLIER**, Stéphanie. *Les restrictions administratives à la liberté de la presse face aux exigences constitutionnelles et européennes*. Coll. Droit public positif, Éd. PUAM, 2002, p.273.

<sup>120</sup> Jean Pradel est partisan de conserver le droit positif en l'état. V. Rapport d'information du Sénat n°602 par J. Larché, du 13 juillet 1994, sur le respect de la présomption d'innocence et le secret de l'enquête et de l'instruction, pp.23-27.

Disponible sur : <http://www.senat.fr/rap/r93-602/r93-602.html> [consulté le 08/07/2007]

<sup>121</sup> V. éditorial de la Revue Esprit de mars/avril 2006, intitulé : Outreau, faillite judiciaire et peur des réseaux.

Disponible sur : <http://www.esprit.presse.fr/review/article.php?code=13275> [consulté le 08/07/2007]

<sup>122</sup> V. Rapport de l'Assemblée nationale n°3125 par P. Houillon du 06 juin 2006 au nom de la Commission d'enquête dans l'affaire dite d'Outreau, t.1 pp.285-303.

Disponible sur : <http://www.assemblee-nationale.fr/12/rap-enq/r3125.asp> [consulté le 08/07/2007]



création d'un Conseil de l'éthique pour les journalistes, avec blâmes et retrait de la carte de presse pendant un mois en cas de fautes. Seulement, une partie de la commission s'y opposait et considérait qu'il « *était dangereux que des politiques imposent un code aux médias, c'était à la profession d'y réfléchir* »<sup>123</sup>. En outre, certains journalistes ajoutaient « *qu'une telle instance poserait plus de problème qu'elle n'en résoudrait* ». Aussi, le rapport s'est-il contenté « *d'inciter les professionnels des médias à élaborer un code de déontologie applicable à la presse écrite et audiovisuelle* »<sup>124</sup>. Une telle proposition est-elle opportune, pertinente, utile ?

Les dérives et autres emballements médiatiques – dans les affaires judiciaires en cours – ne sont ni récents ni nouveaux. L'incapacité des médias à s'auto-discipliner est un phénomène de notoriété publique, démontrée par des décennies d'inertie intentionnelle<sup>125</sup>.

Il est plus que surprenant d'apprendre de la part d'une commission parlementaire<sup>126</sup> qu'il ne lui appartient pas de légiférer sur la liberté de la presse. Et malgré ces constats patents et réitérés, elle appelle de ses vœux une autorégulation de la profession des médias.

N'eut-il pas été plus opportun, pertinent et utile de proposer une véritable réforme sous la forme d'un encadrement législatif de la liberté de la presse, à l'image du *Contempt of court*<sup>127</sup> au Royaume-Uni, mais adapté à notre droit interne

**465.** D'après le rapport Phillimore<sup>128</sup>, le délit de *Contempt of court* s'est développé comme « *un moyen permettant aux juridictions d'empêcher ou de sanctionner tout agissement susceptible d'entraver, de porter atteinte ou d'outrager le bon fonctionnement de la justice dans une affaire particulière ou de manière générale* » Il a pour but de protéger non la dignité des juges, mais « *l'administration de la justice et la prééminence fondamentale du droit* ». Il est une création de la *Common law* et concerne bien des formes de comportement<sup>129</sup>. En l'espèce, la forme du *Contempt of court* qui nous intéresse est

<sup>123</sup> Libération du 31 mai 2006, intitulé « *la création d'un Conseil de l'éthique des journalistes posera plus de problèmes qu'elle n'en résoudra* » et écrit par Brigitte Vital-Durand.

<sup>124</sup> Rapport de l'Assemblée nationale n°3125 par P. Houillon du 06 juin 2006 au nom de la Commission d'enquête dans l'affaire dite d'Outreau, t.1, p.525.

<sup>125</sup> « *L'impression qui domine est donc celle de l'impuissance* ». FRANCILLON, Jacques. *Médias et droit pénal : Bilan et perspectives*. Rev. sc. crim. 2000, p.72 ; V. Le Monde du 11 avril 1998, p.17 « *E. Guigou et C. Trautmann plaident pour des instances d'autorégulation dans la presse* ».

<sup>126</sup> Qui, mieux qu'un représentant du peuple est compétent pour régir nos libertés ? S'en abstenir n'est-il pas en outre condamnable, à l'instar d'un déni de justice.

<sup>127</sup> GODARD, Joëlle. *Contempt of course en Angleterre et en Ecosse ou le contrôle des médias pour garantir le bon fonctionnement de la justice*. Rev. sc. crim. 2000, p.367 ; sur la confrontation du 1<sup>er</sup> et 6<sup>e</sup> amendement aux États-Unis, V. SOULEZ-LARIVIERE, Daniel. *Du cirque médiatico-judiciaire et des moyens d'en sortir*. Éd. Seuil, 1993, p.126.

<sup>128</sup> Rapport du comité du *Contempt of court* présenté au parlement en décembre 1974. Cf. CEDH du 26 avril 1979, Aff. *Sunday Times c/Royaume-Uni*, Série A, n°30, § 36.

<sup>129</sup> Le *contempt of court* constitue, sauf exceptions, une infraction punissable d'un emprisonnement ou d'une amende, sans limite de durée ni de montant, ou de l'obligation de verser un cautionnement comme garantie de bonne conduite. La peine peut être prononcée à l'issue d'une procédure sommaire menée sans jury et la publication de faits ou opinions s'analysant en un acte délictueux de *Contempt* peut aussi être prohibée selon une procédure analogue.

Le rapport Phillimore distingue plusieurs catégories de *Contempt of court* :

a) — *Contempt in the face of the court*. Il s'agit du lancement de projectiles sur le juge, d'insultes ou de manifestations dans le prétoire ;

b) — *Contempt out of court*, est subdivisé entre :

(1) les représailles contre des témoins après la clôture de l'instance ;

(2) les outrages à la cour qui consistent à bafouer le magistrat en tant que juge, à contester son impartialité ou son intégrité...

précisément « *la conduite, intentionnelle ou non, propre à entraîner une ingérence dans le cours de la justice à l'occasion d'un procès déterminé* ». Pourquoi ne pas adapter cet encadrement législatif aux particularités de notre droit positif afin d'en sanctionner les dérives médiatiques ? Est-ce que l'interdiction de publier ou de diffuser de quelque manière que se soit une pièce de la procédure d'enquête ou d'instruction en cours, sous peine d'amende dissuasive – à hauteur des gains engendrés par la publication de la dite pièce par les grands groupes de presse –, constitue une atteinte sérieuse à la liberté de la presse ? De même, la question se pose à l'égard de la publication d'éléments de personnalité qui permettent l'identification du mis en cause ou de la diffusion d'images de l'intéressé sans son consentement. Et quand bien même certains les considéreraient comme des atteintes, ne seraient-ils pas forcés d'admettre leur moindre importance en proportion de l'étendue et de l'intensité des atteintes à la présomption d'innocence, au secret de l'instruction, à l'impartialité du juge, à l'équité de la procédure et inévitablement aux droits de la défense. L'encadrement législatif de la liberté de la presse sous forme de liste exhaustive ou de termes plus généraux, largement inspiré de l'article 10-2 de la Convention européenne des droits de l'homme et de sa jurisprudence ne poursuit pas – une nouvelle fois – le but de mettre à mal « *l'un des fondements essentiels à toute société démocratique* ». Au contraire, il aurait pour finalité de concilier des libertés en apparence antinomiques<sup>130</sup>.

En attendant un sursaut aussi improbable qu'hypothétique de notre législateur, l'ensemble de ces dévoiements médiatiques continue de fixer des limites aux droits de la défense. Les journalistes ne sont pas les seuls intervenants extérieurs à s'immiscer dans le système judiciaire, les politiques y contribuent également à travers leurs choix de politique criminelle et budgétaire. Ils disposent de moyens d'agir directement sur les procédures pour en modifier l'étendue ou l'efficacité.

## Section 2 – Les choix de politique criminelle et budgétaire

**466.** Le politique, à travers sa fonction de législateur et/ou de gouvernant, dispose de la définition et de la mise en œuvre de " l'arme pénale ". Selon l'article 34 de la Constitution, il détermine « *les crimes et les délits ainsi que les peines qui leur sont applicables, la procédure pénale [...]* ». L'article 47 précise qu'il élabore les lois de finance et vote le budget de l'État. En définitive, il prescrit le droit pénal de fond et de forme applicable et il provisionne les fonds financiers nécessaires à leur fonctionnement.

En matière de politique criminelle, il existe une tendance contemporaine à créer une catégorie de juridiction spécialisée avec ses propres règles de procédure, tant au niveau de l'enquête, de la poursuite, de l'instruction et du jugement, pour chaque grande catégorie d'infraction<sup>131</sup>. Ce phénomène a débuté dans les années soixante-dix avec la création d'une procédure d'exception en matière d'infraction aux stupéfiants. Il s'est étendu aux actes terroristes en 1986, puis il s'est systématisé et élargi avec la loi du 9 mars 2004 à la notion de bande organisée et en matière économique et financière. Ce morcellement du droit commun de la procédure pénale nous intéresse particulièrement parce qu'il présente une nouvelle forme de limite aux droits de la défense et aux principes du contradictoire et de l'égalité des armes. Les

---

(3) la désobéissance aux ordonnances des tribunaux ;

(4) la conduite, intentionnelle ou non, propre à entraîner une ingérence dans le cours de la justice à l'occasion d'un procès déterminé.

<sup>130</sup> Cf. supra n°463.

<sup>131</sup> GUINCHARD, Serge., BUISSON, Jacques. *Procédure pénale*. Éd. Litec, 2005, p.162.

atteintes à ces derniers ne sont pas exclusives du droit commun. Il est également possible d'y porter préjudice, de manière détournée, en procédant au glissement de pans entiers du droit pénal vers un régime d'exception où les droits et les principes sont réduits.

En accroissant les compétences matérielles relevant d'un régime dérogatoire du droit commun<sup>132</sup>, le législateur a clairement pris position en faveur de la sauvegarde de l'ordre public et de la sécurité<sup>133</sup> aux dépens des droits de la défense et des principes processuels. Toutefois, nous nous devons de nuancer le propos en rappelant leurs capacités de résistance ainsi que le caractère relatif du mouvement au regard des flux d'infractions.

En ce qui concerne la politique budgétaire, les moyens engagés en matériel et en personnel, sont manifestement insuffisants eu égard à l'ampleur de la tâche quotidienne de la justice. Cette insuffisance de moyens agit nécessairement sur la qualité des procédures et des décisions de justice, notamment sur l'effectivité des droits de la défense.

Toutefois, nous devons reconnaître que depuis quelques années, de sérieux efforts budgétaires ont été consentis afin de rattraper notre retard vis-à-vis des principaux systèmes judiciaires européens.

Aussi, dans le cadre des politiques criminelles et budgétaires, en tant que limite des droits de la défense, nous proposons d'examiner les atteintes de ceux-ci au travers des principes du contradictoire et de l'égalité des armes (§1) avant d'en relativiser la réelle portée (§2).

## § 1 – Les atteintes aux droits de la défense

**467.** Les atteintes aux droits de la défense se manifestent par un développement des procédures dérogatoires du droit commun (A), d'une part, et par une insuffisance de moyens engagés dans le système pénal (B), d'autre part.

### A – Le développement des procédures d'exception

**468.** Au début des années soixante-dix, le législateur développe, parallèlement aux procédures de droit commun, une procédure spéciale en matière de produits stupéfiants. Face à l'importance des problèmes sociaux et sanitaires engendrés par la drogue, « *qui menace l'ordre public parce qu'elle instaure la violence dans les rapports humains et qu'elle aliène la liberté des citoyens* »<sup>134</sup>, les politiques n'ont cessé de renforcer l'efficacité de la lutte contre ces trafics en adaptant les moyens juridiques aux armes employés par les trafiquants.

---

<sup>132</sup> Selon le recensement réalisé par les MM. Guinchard et Buisson, on dénombre une dizaine de juridictions spécialisées : les plus importantes et celles qui feront l'objet de nos développements concernent les infractions en matière de criminalité et délinquance organisée (706-73 à 706-106 C. pr. pén.), en matière économique et financière (704 à 706-1-1 C. pr. pén.), en matière de stupéfiants (706-26 à 706-33 C. pr. pén.) et de terrorisme (706-16 à 706-25-1 C. pr. pén.). Il en existe également en matière maritimes (706-107 à 706-11 C. pr. pén.), en matière sanitaire (706-2 à 706-2-1 C. pr. pén.), en matière de grande voirie (706-3 à 706-15 C. pr. pén.), ou encore celles mettant en cause les intérêts fondamentaux de la nation (art. 697 à 702 C. pr. pén.) ou jugeant les hommes politiques (652 à 656 C. pr. pén.). Cependant, elle ne feront pas l'objet de développements particuliers en raison de leur activité relativement confidentielle et leur dimension très marginale. Enfin, les juridictions pour mineurs (Ord. 02 février 1945), particulièrement protectrices des droits de la personne à l'origine, connaissent à l'inverse un certain rapprochement avec le droit commun.

<sup>133</sup> DANET, Jean. *Le droit pénal et la procédure pénale sous le paradigme de l'insécurité*. APC septembre 2003, n°25, p.27.

<sup>134</sup> V. Déclaration de Mme Cacheux, rapporteur de la loi du 19 décembre 1991, JOAN CR, 20 novembre 1991, p.6303.

Cette adaptation de la procédure aux infractions liées aux stupéfiants se traduit sur le plan légal par une accentuation de l'ingérence des pouvoirs publics dans la sphère privée et une réduction concomitante des droits de la défense.

La procédure d'exception en matière de terrorisme procède de la même analyse. Confronté à une forte recrudescence d'attentats terroristes sur le territoire national, le législateur a renforcé les moyens d'investigation des services enquêteurs afin de lutter plus efficacement contre ce phénomène<sup>135</sup>.

Récemment, la loi du 9 mars 2004 répond aux mêmes attentes en matière de délinquance et criminalité organisée<sup>136</sup> et s'harmonise sur les procédures d'exception des autres États européens. Selon un constat développé depuis trois ans par la Direction des affaires criminelles et des grâces<sup>137</sup>, la délinquance traditionnelle s'est développée et structurée. Elle investit des domaines très diversifiés. Elle se complexifie et tend à s'internationaliser. Ces nouvelles formes de criminalités<sup>138</sup> exigeaient une évolution des méthodes de travail de la police et de la justice pour orienter l'action du dispositif répressif vers l'investigation approfondie sur des indices d'existence d'un réseau criminel ou de phénomènes de délinquance importants, au-delà de la simple enquête de proximité destinée à élucider un fait apparu et constaté de délinquance<sup>139</sup>.

La loi du 9 mars 2004 poursuit le mouvement de parcellisation d'une partie du droit pénal. Elle généralise les procédures d'exception en prescrivant un socle commun de procédures, d'investigations, et de juridictions<sup>140</sup>. En conséquence, on constate l'établissement d'une véritable "*procédure pénale bis*" en parallèle de la procédure pénale de droit commun<sup>141</sup>. Si elle se prétend une arme particulièrement efficace contre les infractions occultes, elle exige en contrepartie une ingérence anormale des autorités judiciaires dans les libertés individuelles, qui se traduit dans les procédures par un recul du principe du contradictoire (2) et une inégalité des armes organisée (1).

### 1) Une inégalité des armes organisée

---

<sup>135</sup> Loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986 sur les repentis relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'État ; Loi n° 96-647 du 22 juillet 1996 tendant à renforcer la répression du terrorisme ; Loi n° 2004-204 du 09 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

<sup>136</sup> « Elle entend donner à la justice pénale et à la police judiciaire des outils rénovés, adaptés aux technologies nouvelles afin de rechercher, poursuivre, traiter, juger et sanctionner les auteurs d'infraction avec plus d'efficacité ». DANET, Jean. *La loi Perben II : Une nouvelle distribution des pouvoirs*. Journée d'étude Dalloz du 09 mars 2004.

<sup>137</sup> À travers le suivi des dossiers d'action publique et des rapports de politique pénale adressés par les parquets généraux et les procureurs de la république. V. Circ. du 02 septembre 2004, BOMJ n°95, relative à la criminalité organisée, p.9.

<sup>138</sup> Il s'agit de réseaux structurés et organisés dans la traite des êtres humains, les délits économiques et financiers liés aux trafics de stupéfiants, à la fraude informatique, à la contrefaçon, à la pédophilie ou au proxénétisme.

<sup>139</sup> MOLINS, François. *De la nécessité de lutter plus activement contre les nouvelles formes de criminalités*. in dossier : Criminalité organisée : une justice adaptée ? AJ pénal 2004, p.177.

<sup>140</sup> Il existe 8 juridictions interrégionales spécialisées (JIRS) dont la compétence d'attribution est organisée par l'article 704 du Code de procédure pénale. V. Circ. du 02 septembre 2004, BOMJ n°95, relative aux dispositions économiques et financières.

<sup>141</sup> La procédure pénale bis fait l'objet du livre IV du Code de procédure pénale intitulé de manière sibylline : « *De quelques procédures particulières* ».

**469.** La loi du 9 mars 2004 organise une inégalité des armes en octroyant aux services d'enquête des pouvoirs<sup>142</sup> d'investigations particulièrement attentatoires aux libertés individuelles dans le domaine des infractions liées aux stupéfiants, au terrorisme, à la criminalité organisée et à la délinquance financière, sans octroyer une quelconque garantie à la défense en contrepartie. Au contraire, on constate un recul sensible des droits de la défense. Le législateur procède à une nouvelle distribution des pouvoirs entre les parties, et consacre le phénomène de glissement vers la phase policière de toutes les investigations, y compris les plus intrusives, amorcé à la fin des années quatre-vingt.

Sous le contrôle et/ou à l'instigation d'un magistrat du parquet, les policiers bénéficient du cadre de l'enquête – phase particulièrement privilégiée pour l'accusation en raison des carences des droits de la défense et des principes du contradictoire et de l'égalité des armes<sup>143</sup> –, pour procéder aux investigations. La recherche des preuves en amont de l'instruction, avant même que la personne arrêtée ne soit constituée partie au dossier, en qualité de défense, permet d'effectuer tous les actes nécessaires à sa mise en examen, et à son renvoi devant la juridiction compétente, sans qu'elle puisse véritablement intervenir en temps utile pour solliciter à son tour un acte d'instruction<sup>144</sup>.

L'arsenal probatoire à disposition des enquêteurs est d'une richesse à la hauteur des atteintes aux libertés individuelles. En matière de perquisition<sup>145</sup>, les articles 706-89 à 706-94 du Code de procédure pénale remettent en cause le principe constitutionnel d'inviolabilité du domicile<sup>146</sup> en élargissant les possibilités de perquisitions à tout lieu clos, en dehors des heures légales prévues à l'article 59 dudit code. Si les perquisitions de nuit ne sont pas une véritable nouveauté, la loi du 9 mars 2004 unifie des régimes dérogatoires disparates sous un régime unique<sup>147</sup>, avec un champ d'application définitivement plus large<sup>148</sup>. En ce qui concerne les interceptions de correspondances par la voie des télécommunications, elles ne sont plus une prérogative exclusive du juge d'instruction. Après son encadrement législatif<sup>149</sup> suite à la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme<sup>150</sup>, le parlement étend les possibilités d'écoutes téléphoniques aux cadres de la flagrance et de l'enquête préliminaire<sup>151</sup>. De même, l'article 706-80 du Code de procédure pénale autorise

<sup>142</sup> V. Le monde du 10 mars 2004 intitulé : la chancellerie renforce les pouvoirs d'enquête des procureurs.

<sup>143</sup> Cf. supra Partie 1, Titre 2, Chap. 1.

<sup>144</sup> V. **DANET**, Jean. *La loi Perben II : Une nouvelle distribution des pouvoirs*. Journée d'étude Dalloz du 09 mars 2004.

<sup>145</sup> Art. 706-28 du C. pr. pén. en matière de produits stupéfiants, Ancien Art. 706-24 du C. pr. pén. en matière de terrorisme.

<sup>146</sup> Le Conseil constitutionnel considère en substance qu'il n'y a pas une atteinte excessive aux droits et libertés constitutionnellement protégées. V. Cons. const. 02 mars 2004, n°2004 – 492 DC, §§48-56. Rec. p.66 ; Cons. const. 16 juillet 1996, n°96-377 DC. Rec. p.87 ; RJC, I, p.671 ; art. 10 de la Loi du 22 juillet 1996.

<sup>147</sup> Circ. du 2 septembre 2004, relative à la criminalité organisée de la Loi du 09 mars 2004, BOMJ n°95, chap.2, section 1, § 1, B.

<sup>148</sup> Art. 706-73 & 706-74 du C. pr. pén.

<sup>149</sup> Loi n° 91-646 du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par les voies de télécommunication. **GUINCHARD**, Serge., **BUISSON**, Jacques. *Procédure pénale*. Éd. Litec, 2005, p.840-843 ; **DECOCQ**, André., **MONTREUIL**, Jean., **BUISSON**, Jacques. *Le droit de la police*. Éd. Litec, 1991, p.591.

<sup>150</sup> CEDH du 24 avril 1990, Aff. *Kruslin & Huvig c/France*, req. n°11801/85 et 11105/84 ; CEDH du 24 août 1998, Aff. *Lambert c/France*, req. n°23618/94 ; CEDH du 29 mars 2005, Aff. *Matheron c/France*, req. n°57752/00.

<sup>151</sup> Art. 706-95 du C. pr. pén. « Afin d'éviter l'ouverture systématique d'informations, et donc la mise en œuvre d'une procédure lourde, dès le moment où il semble nécessaire de procéder à des interceptions de correspondances émises par les télécommunications, il est apparu utile de donner la possibilité au ministère public de demander la mise en place d'écoutes téléphoniques, pour une durée brève, au stade de l'enquête. Ces

désormais les OPJ et APJ à procéder à des surveillances de personnes contre lesquelles il existe une ou plusieurs raisons plausibles de les soupçonner d'avoir commis l'un des crimes ou délits en bande organisée, sur l'ensemble du territoire national, et non plus seulement sur le secteur territorial où ils sont naturellement compétents<sup>152</sup>.

Enfin, en conformité avec les textes internationaux<sup>153</sup>, le législateur a profondément refondu les techniques d'infiltrations, en précisant la procédure<sup>154</sup> et en élargissant leur champ d'application. Désormais, une opération d'infiltration peut être autorisée sur les réquisitions d'un magistrat du parquet dans le domaine de la bande organisée et non plus seulement en matière de stupéfiants<sup>155</sup>.

Les perquisitions de nuit, les écoutes téléphoniques, les filatures et les infiltrations ne constituent pas réellement une nouveauté, elles existaient déjà dans la pratique et dans la jurisprudence. Seulement, il y était procédé sous le contrôle d'un juge d'instruction, magistrat du siège. À présent, les enquêteurs y procèdent d'initiative, sous le contrôle d'un magistrat du parquet, organe institutionnel partisan en charge des poursuites.

**470.** Le renforcement des moyens d'investigation se traduit également par des nouveautés procédurales telles que la sonorisation et la fixation d'images<sup>156</sup> de certains lieux ou véhicules. Lorsque les nécessités de l'information l'exigent, le juge d'instruction peut, après avis du procureur de la République, autoriser par ordonnance motivée les OPJ et APJ à installer un dispositif de captation des images et du son.

Antérieurement à la loi du 9 mars 2004, il n'existait aucune disposition légale définissant et organisant ces procédés techniques. Néanmoins, avec l'évolution des techniques et la miniaturisation, les praticiens y étaient de plus en plus confrontés ou sollicités pour y faire droit. Au départ, la chambre criminelle a condamné de tels procédés au visa de l'article 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme au motif qu'ils « *éludent les règles de*

---

*écoutes ont notamment avoir pour objectif soit de vérifier la pertinence d'une indication donnée aux enquêteurs avant d'ouvrir l'information, soit d'amener les preuves suffisantes qui éviteront de passer par la phase de l'instruction en permettant de saisir directement le tribunal correctionnel à l'issue de l'enquête* ». Circ. du 2 septembre 2004, BOMJ n°95, chap.2, section 1, § 2, C.

<sup>152</sup> Cf. art. 18 du C. pr. pén.

<sup>153</sup> Recommandation n°2001-11 du 19 septembre 2001 du Conseil de l'Europe concernant les principes directeurs pour la lutte contre le crime organisé ; Article 20 de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée ; article 11 de la Convention de Vienne du 20 décembre 1988 contre le trafic illicite de stupéfiants et des substances psychotropes.

Disponible sur : <http://www.coe.int/DefaultFR.asp> [consulté le 08/07/2007]

Disponible sur : <http://europa.eu/scadplus/leg/fr/s22008.htm> [consulté le 08/07/2007]

<sup>154</sup> Les dispositions relatives aux infiltrations se trouvent dans les articles 706-81 à 706-87 du Code de procédure pénale.

<sup>155</sup> « *Il s'agit d'un procédé qui existait déjà en matière de trafic de stupéfiants (Ancien art. 706-32 du C. pr. pén. et Art. 67 bis du Code des douanes), et qui, en raison des difficultés de sa mise en œuvre, n'aurait donné lieu qu'à environ une centaine d'application au cours des six dernières années. Il s'agit en effet de techniques d'enquête présentant des risques majeurs liés à la sécurité des personnes, et notamment celle de l'agent infiltré, et qui ne peuvent être employées que si un certain nombre de conditions matérielles sont réunies, et notamment l'existence d'une possibilité de présenter et d'introduire l'agent infiltré dans le réseau* ». SCHWENDENER, Marc. *Une police aux pouvoirs d'enquête renforcés*. in Le nouveau procès pénal après la loi Perben II, Journée d'étude Dalloz, 2004, p.285.

<sup>156</sup> La sonorisation consiste à poser clandestinement des micros dans un lieu clos ou véhicule, privé ou public, pour y capter des paroles susceptibles de constituer des indices utiles à la manifestation de la vérité, les transmettre et les enregistrer. En ce qui concerne la captation d'image, l'opération est en tout point similaire à la sonorisation à l'exception du moyen technique – une mini-caméra – qui permet d'ajouter les images au son. Art. 706-96 du C. pr. pén.

*procédure et compromettent les droits de la défense* »<sup>157</sup> avant d'opérer un revirement de jurisprudence, en considérant que « *l'enregistrement de conversations privées avait eu lieu sous le contrôle du juge d'instruction et dans des conditions ne portant pas atteinte aux droits de la défense* »<sup>158</sup>.

À l'image de la condamnation de l'État français dans les arrêts *Kruslin* et *Huvig* en matière d'interception de télécommunication, la Cour européenne condamne à nouveau, et à l'unanimité la France en matière de sonorisation sur le même motif, à savoir, le fait que « *le droit français n'indique pas avec assez de clarté l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités* » avant de conclure que « *le requérant n'a pas joui du degré minimal de protection voulu par la prééminence du droit dans une société démocratique* »<sup>159</sup>.

Désormais, les articles 706-96 à 706-102 du Code de procédure pénale répondent aux standards de prévision des normes européennes. Les sonorisations et les captations d'images n'en demeurent pas moins des moyens d'investigation particulièrement intrusifs et attentatoires aux libertés individuelles, au premier rang desquelles figure le droit à la vie privée. Le fait qu'elles soient strictement envisagées dans le cadre d'une information constitue un garde-fou nécessaire et utile, mais nettement insuffisant tant au regard des droits de la défense que du principe de l'égalité des armes.

**471.** Avec ces nouveaux moyens d'investigation<sup>160</sup>, les enquêteurs et les magistrats spécialisés<sup>161</sup> disposent d'un pouvoir d'enquête exorbitant du droit commun. Mais constituent-ils pour autant une inégalité des armes ?

La loi du 9 mars 2004 intervient dans un contexte « *d'inadéquation de notre législation à lutter efficacement contre la criminalité organisée* »<sup>162</sup>. Antérieurement à ces nouvelles dispositions, les pouvoirs d'investigation des autorités judiciaires souffraient d'une inadéquation par rapport à l'ingéniosité, la technicité et le caractère particulièrement occulte de certaines infractions. L'écart de moyens entre les autorités et les manifestations de criminalité organisée laissait apparaître une situation d'inégalité des armes au détriment des premières. Avec la loi du 9 mars 2004, le législateur rétablit en quelque sorte l'équilibre dans le rapport de force qui oppose les institutions aux groupements criminels. L'inégalité des armes organisée par notre législateur s'inscrit donc dans une réalité pratique qui lui était à l'origine défavorable.

La question qui se pose à présent est de savoir si l'inégalité des armes organisée porte atteinte ou non aux droits de la défense. Est-elle proportionnée au déséquilibre originel ?

La comparaison de réseaux structurés et complexes exerçant diverses activités criminogènes sur le territoire national et à l'étranger avec les nouveaux dispositifs démontre une certaine proportionnalité entre les moyens et les finalités à atteindre. L'infiltration d'un agent dans un réseau terroriste n'apparaît pas comme un moyen de preuve disproportionné, de même que la filature et l'identification d'une adresse IP participant à un réseau pédophile ou à une

<sup>157</sup> Cass. crim. 16 décembre 1997, Bull. crim. n°427. Toutefois, lorsque l'enregistrement clandestin provient de la partie civile, il est parfaitement recevable en tant que preuve à l'appui de sa défense. Cass. crim. 11 février 1992, Bull. crim. n°66.

<sup>158</sup> Cass. crim. 23 novembre 1999, Bull. crim. n°269 ; Cass. crim. 15 février 2000, Bull. crim. n°68.

<sup>159</sup> CEDH du 31 mai 2005, Aff. *Vetter c/France*, req. n°59842/00, § 27 ; idem CEDH du 29 mars 2005, Aff. *Matheron c/France*, req. n°57752/00.

<sup>160</sup> Outre les moyens d'investigation spécifiques aux procédures d'exception, ils disposent également des moyens traditionnels d'enquête tels que les perquisitions, les saisies, les auditions, les confrontations, les témoignages, les examens techniques...

<sup>161</sup> Cf. supra n°326.

<sup>162</sup> Circ. du 2 septembre 2004, BOMJ n°95, Introduction.

escroquerie sur Internet<sup>163</sup>, ou encore la sonorisation et la captation d'image de personnes participant à une filière de stupéfiants<sup>164</sup>. Finalement, ce n'est pas tant les moyens d'investigation eux-mêmes qui posent problème que le cadre juridique au sein duquel ils sont exercés. Par nature, la phase d'enquête ne respecte ni le principe du contradictoire, ni le principe d'égalité des armes<sup>165</sup>. Par conséquent, lorsque l'on exerce ces moyens d'investigation au temps de l'enquête, il est indubitable de constater des atteintes aux principes et aux droits de la défense. L'inégalité des armes organisée est flagrante mais elle se justifie au regard du type de criminalité. En revanche, le recul du contradictoire est difficile à justifier.

## 2) Un recul du contradictoire

**472.** La combinaison d'une inégalité des armes organisée avec un recul marqué du principe du contradictoire, exercée dans une phase particulièrement déficiente de ces deux principes, nous permet de conclure que les procédures d'exception portent gravement atteinte aux principes et aux droits de la défense. Le recul du contradictoire se manifeste plus exactement par un report, cumulé d'une absence.

Les modestes manifestations du contradictoire dans la phase policière<sup>166</sup> de droit commun ne disparaissent pas avec les procédures d'exception, elles sont différées dans le temps. L'entretien du gardé à vue avec un avocat est l'exemple topique de l'ajournement du principe. En fonction de la qualification en bande organisée retenue par le procureur de la République, l'avocat interviendra dès la première heure pour les infractions économiques et financières, à la quarante-huitième heure pour des faits de proxénétisme ou d'association de malfaiteurs, et seulement à l'issue de la soixante-douzième heure en matière de stupéfiants ou de terrorisme<sup>167</sup>. Dans ces deux dernières hypothèses, « *la personne est avisée de ce droit lorsque la ou les prolongations lui sont notifiées* »<sup>168</sup>, et non au commencement de la garde à vue. En pratique, ce formalisme se traduit par une arrivée tardive de l'avocat, plusieurs heures après la demande légale, le temps de la recherche, de l'information et du transport<sup>169</sup>. « *À cet égard, le Conseil national des Barreaux met en avant le fait qu'il y a là une organisation de la régression d'un droit constitutionnellement acquis*<sup>170</sup>, en contradiction avec "l'effet cliquet-

---

<sup>163</sup> V. Rapport Breton intitulé : *Chantier sur la lutte contre la cybercriminalité*. La documentation Française, 2005 ; Cf. Criminalité et délinquance constatées en France en 2005. La Documentation française, Éd. 2006, spé. p.13-14.

Disponible sur : <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/054000263/0000.pdf> [consulté le 08/07/2007]

Disponible sur : <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/064000354/0000.pdf> [consulté le 08/07/2007]

<sup>164</sup> V. Le monde du 17 mai 2006 intitulé Maroc, Espagne, Europe, les routes du cannabis. Le Maroc produit près de 3 000 tonnes de haschisch par an, soit 31 % du total mondial et 80 % de la consommation en Europe, selon le dernier rapport de l'ONU.

Disponible sur : [http://www.unodc.org/unodc/world\\_drug\\_report.html](http://www.unodc.org/unodc/world_drug_report.html) [consulté le 08/07/2007]

<sup>165</sup> Cf. Partie 1, Titre 2, Chap. 1.

<sup>166</sup> GIUDICELLI, André. *La nouvelle garde à vue*. AJ pénal 2004, p.161.

<sup>167</sup> La circulaire recense 4 régimes différents de garde à vue. Cf. Circ. du 2 septembre 2004, BOMJ n°95, Chap. 2, section 1, § 1, A. V. SCHWENDENER, Marc. *La nouvelle garde à vue "terrorisme" issue de la loi du 23 janvier 2006*. AJ pénal, 2006, p.164.

<sup>168</sup> Art. 706-88 du C. pr. pén.

<sup>169</sup> Cf. supra n°257.

<sup>170</sup> Cons. const. 11 août 1993, n°93-326 DC. Rec. p.217 ; RJC, I, p.552 ; LE GUNEHEC, Francis. *La loi du 24 août 1993. Un rééquilibrage de la procédure pénale*. JCP 1993, I, 3720.



*anti retour* " que le Conseil<sup>171</sup> applique normalement en la matière »<sup>172</sup>. De même, le droit d'être examiné par un médecin est repoussé à la première prolongation, soit quarante-huit heures après le début de la garde à vue<sup>173</sup>. En ce qui concerne le droit de prévenir un membre de la famille, il n'existe pas de disposition spéciale retardant son application. Toutefois, sa mise en œuvre se réalise à la discrétion des OPJ sous le contrôle d'un magistrat du parquet<sup>174</sup>.

Le recul du contradictoire se caractérise également par son absence lors des investigations. Dans l'intérêt des résultats de l'enquête et en raison de la nature spécifique de ces infractions, il est rationnel et légitime de garder le secret à l'égard des suspects sur les investigations en cours durant la phase "ante-arrestation". En revanche, au moment de la garde à vue, il est plus difficile d'en justifier le caractère non contradictoire. N'eut-il pas été légitime au contraire d'en communiquer les résultats en contrepartie du degré d'atteinte aux libertés individuelles inhérent à ces investigations spéciales ? Une telle proposition n'a jamais été d'actualité dans les travaux parlementaires de la loi du 9 mars 2004<sup>175</sup>. Les enquêteurs s'y seraient certainement opposés, en considérant que la communication de ces résultats risquerait d'invalider leurs stratégies d'interrogatoire<sup>176</sup> et de limiter les déclarations du gardé à vue. Pourtant, il est permis de s'interroger sur la pertinence et l'équité de tels procédés durant la garde à vue lorsque des preuves matérielles et objectives ont été obtenues à l'aide de moyens d'investigation particulièrement intrusifs. Dans l'hypothèse la plus défavorable, où la personne décide de garder le silence, outre le fait qu'elle use d'un droit conventionnellement reconnu<sup>177</sup> par notre système pénal dont l'existence est parfaitement indépendante à la communication des preuves, le juge pénal peut parfaitement fonder sa décision sur les preuves objectives recensées. Il n'y a donc pas d'atteinte à l'efficacité de l'enquête à communiquer les résultats d'investigations probants. Au contraire, l'application d'une telle disposition participe à l'équité de la procédure<sup>178</sup> et au respect des droits de la défense. Mais que se passe-t-il si les résultats d'investigation ne sont pas suffisants ?

**473.** Les enquêteurs considèrent toujours la garde à vue comme un moyen de preuve complémentaire et non négligeable à obtenir des informations. À l'heure de la preuve scientifique et des moyens d'investigation de haute technologie, les enquêteurs sont loin de renoncer au renseignement humain, et à la recherche de l'aveu. La persistance des enquêteurs à prendre autant en considération l'élément humain<sup>179</sup> suscite l'interrogation, notamment

<sup>171</sup> Observation du CNB au Conseil constitutionnel, 18 février 2004, p.8.

<sup>172</sup> MIEN, Dominique., BARRE, Jean-François. *Reste-t-il des droits de la défense en phase d'enquête ?* AJ pénal 2004, p.236.

<sup>173</sup> Art. 63-3 et 706-88 du C. pr. pén.

<sup>174</sup> Art. C.63-2 Circ. du 01 mars 1993, BOMJ n°73 sur la présentation de la loi du 04 janvier 1993.

<sup>175</sup> Dossier législatif sur la loi du 09 mars 2004.

Disponible sur : <http://www.assemblee-nationale.fr/12/dossiers/criminalite.asp#030784> [consulté le 08/07/2007]

Disponible sur : <http://www.justice.gouv.fr/actua/perben2.htm> [consulté le 08/07/2007]

<sup>176</sup> Cf. supra n°264 et s.

<sup>177</sup> CEDH 25 février 1993, Aff. *Funke* c/France, Série A, n°256A, § 41-44. Cf. supra n°258.

<sup>178</sup> La communication des éléments de preuves participe en outre au principe de loyauté de la preuve. Déjà qu'il est permis de s'interroger sur le respect de ce principe à l'égard des preuves recueilli à l'insu de la personne, si en outre, ces éléments ne lui sont pas communiqués dans les temps utiles, à savoir durant l'enquête, et non plus seulement durant l'information, les atteintes aux principes se cumulent et portent gravement atteinte à leur tour aux droits de la défense.

<sup>179</sup> La garde à vue n'est pas l'unique mode de preuve subjectif. Le législateur a largement participé au développement de cette branche probatoire avec l'infiltration, le témoin anonyme, la rémunération des

lorsque l'on connaît les conditions dans lesquelles les mis en cause sont interrogés<sup>180</sup>. Quelle crédibilité peut-on accorder à des renseignements humains obtenus après quarante-huit, ou soixante-douze, voire quatre-vingt-seize, et maintenant cent-quarante-quatre heures<sup>181</sup> de garde à vue ? Quelle est la fiabilité des aveux obtenus d'un toxicomane après quarante-huit ou soixante-douze heures de garde à vue ?

Vu le degré d'immixtion des moyens d'investigations objectifs dans la vie privée des personnes à disposition des enquêteurs, soit les preuves objectives établissent suffisamment l'existence des faits incriminés, et dans cette hypothèse la garde à vue n'a qu'un intérêt probatoire très relatif – le juge préférant s'appuyer sur les éléments objectifs du dossier –, soit elles ne démontrent pas suffisamment les faits reprochés, et dans ce cas la garde à vue ne peut devenir que le creuset de toutes les dérives. En effet, dans les procédures d'exception, lorsque l'on additionne l'inégalité des armes organisée avec le recul du principe du contradictoire, l'ensemble étant exercé dans une phase, déjà considérée comme attentatoire aux droits de la défense dans la procédure de droit commun, il ne peut en résulter que des atteintes manifestes et caractérisées aux principes du contradictoire et de l'égalité des armes et aux droits de la défense<sup>182</sup>.

## B – L'insuffisance des moyens engagés

**474.** Il n'existe pas de budget spécialement imparti à la défense ou à l'accusation. La mise en œuvre des droits de la défense est en partie soumise au budget de la justice (1). Or, ce dernier est nettement insuffisant pour l'application des droits (2).

### 1) Des droits soumis au budget de la justice

**475.** Les droits et les principes ne fluctuent pas exclusivement en fonction des normes édictées par le législateur, ils varient également en fonction des moyens budgétaires alloués au système pénal. Il est théorique et illusoire de croire au progrès des droits et principes seulement en légiférant sur leur contenu et leur application, encore faut-il y mettre les moyens financiers afin qu'ils soient « *concrets et réels* » au sens où l'entend la Cour européenne des droits de l'homme<sup>183</sup>. *A priori*, il peut être surprenant de constater qu'une partie des deniers publics finance des intérêts strictement privés tels que les droits de la défense. Le budget de la justice n'est-il pas consacré aux besoins structurels et fonctionnels de notre système judiciaire ? N'est-il pas tout aussi surprenant de constater qu'il est à la charge

---

indicateurs et les collaborateurs de justice. Comme le précise l'auteur, « *au temps prétendu de la preuve scientifique, l'aveu et la dénonciation ne se sont jamais si bien portés en droit positif* ». DANET, Jean. *De la procédure à la répression de la criminalité organisée, ou laquelle est l'instrument de l'autre ?* AJ pénal 2004, p.195.

<sup>180</sup> Cf. supra n°263 et s.

<sup>181</sup> Loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 ; Art. 706-88 du C. pr. pén.

<sup>182</sup> Certains considèrent même qu'il n'existe pas de véritables droits de la défense durant la garde à vue, concrets et effectifs au sens où l'entend la Cour européenne des droits de l'homme. MIEN, Dominique., BARRE, Jean-François. loc. cit. p.236.

<sup>183</sup> CEDH du 17 janvier 1970, Aff. *Delcourt* c/France, Série A, n°11, § 25 ; CEDH du 09 octobre 1979, Aff. *Airey* c/Irlande, Série A, n°32, § 24.

d'une profession libérale de remplir une véritable mission de service public – telle qu'une défense pénale minimale pour l'ensemble des justiciables – en lieu et place de l'État ?

L'aide juridictionnelle<sup>184</sup> est la première et principale manifestation des droits et des principes financés par l'État. Les textes européens et internes<sup>185</sup> assurent à toute personne poursuivie le concours d'un avocat, même gratuitement si la personne n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur. Il s'agit là d'une garantie minimale, destinée à l'égalité des conditions d'exercice des droits de la défense, quelle que soit la situation économique et sociale des personnes poursuivies. Elle permet ainsi aux personnes indigentes de bénéficier de la présence, des conseils, de l'assistance et de la représentation d'un avocat tout au long des différentes phases de notre procédure pénale. Elle favorise la mise en œuvre de débats contradictoires et équilibrés entre professionnels du droit à l'instruction ou à l'audience de jugement. Ainsi, en finançant l'aide juridictionnelle, le législateur intervient concrètement sur les droits de la défense. Mais cette aide n'est pas exclusive.

Il existe d'autres manifestations des droits et des principes dérivées du financement de la justice pénale, moins visibles mais tout aussi importantes. Depuis, l'ouverture de la reprographie gratuite<sup>186</sup> du dossier pénal aux parties en 2001, la défense – comme la partie civile – est soumise aux contingences en matériel des juridictions et aux dotations insuffisantes en personnel, personnel qui doit cependant satisfaire une demande croissante de requêtes en copie. Régulièrement, les carences de ce service sont à l'origine des demandes de renvoi des parties devant les juridictions de jugement en raison de la communication tardive de la copie du dossier ou de son inexécution, participant ainsi à la durée excessive des procédures.

La défense est également dépendante du personnel de justice et de l'espace judiciaire mis à sa disposition lorsqu'elle souhaite seulement consulter le dossier. Outre les horaires d'ouverture du greffe, il faut tenir compte de l'organisation interne du cabinet d'instruction (audiences, déplacements extérieurs) ou du service d'audiencement, de la possible consultation du dossier par un magistrat et de l'absence d'espace adapté à sa lecture.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi organique relative aux lois de finances (LOLF)<sup>187</sup> au 1<sup>er</sup> janvier 2006, qui tend vers une nouvelle architecture budgétaire en passant d'une culture de moyens à une culture de résultat afin de favoriser la responsabilisation des gestionnaires, contrôler les performances et accroître la transparence de la gestion budgétaire, *in fine*, la marge de manœuvre des magistrats du siège et du parquet pour accorder des investigations aux enquêteurs s'est considérablement réduit. En conséquence, les demandes d'investigation de la défense sont également restreintes.

---

<sup>184</sup> Cf. supra n°303.

<sup>185</sup> V. Art. 6 § 3 c) de la Convention européenne des droits de l'homme ; Art. 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne des 7 et 8 décembre 2000 ; Loi n° 72-11 du 03 janvier 1972, JO du 05 janvier, p.164 ; Loi n° 91-647 du 10 juillet 1991, JO n°162 du 13 juillet 1991 ; Décret n°2003-853 du 05 septembre 2003 ; Décret n°2004-1406 du 23 décembre 2004 ; Circ. du 08 septembre 2003 relative à la présentation du Décret du 05 septembre 2003, BOMJ n°90.

<sup>186</sup> Auparavant, la copie était payante et pouvait être consultée uniquement par la représentation d'un avocat. Cf. supra n°307 ; 336.

<sup>187</sup> Loi organique n°2001-692 du 1<sup>er</sup> août 2001 ; Cons. const. 07 juillet 2005, n°2005-517 DC. Rec. p.108 ; Rapport d'information du Sénat n°312, avril 2006, sur la mise en œuvre de la Loi organique du 1<sup>er</sup> août 2001 relative aux lois de finances (LOLF). La mise en œuvre de la LOLF dans les juridictions débouchera sur une maîtrise de la dépense grâce à son meilleur contrôle. Des économies substantielles sont programmées, à la fois sur les volumes de dépenses grâce à une meilleure responsabilisation des prescripteurs et sur les coûts par des économies d'échelle.

Disponible sur : <http://www.minefi.gouv.fr/lolf/index1.html> [consulté le 08/07/2007]

Disponible sur : <http://www.senat.fr/rap/r05-312/r05-312.html> [consulté le 08/07/2007]

La présence de l'avocat, la consultation du dossier et les demandes d'acte démontrent que la mise en œuvre concrète et effective des droits et des principes est indiscutablement liée à des questions budgétaires.

## 2) *Un budget insuffisant pour l'application des droits*

**476.** Avec un budget de 6,27 milliards d'euros en 2007, la justice représente 2,34 % du budget national. Sur cette somme, il est réellement alloué 2,60 milliards d'euros au fonctionnement des juridictions judiciaires, soit 41,6 % de son budget<sup>188</sup>.

Il n'est pas précisé dans les statistiques du ministère de la justice la ventilation exacte de cette somme entre les différents postes budgétaires. Cependant, d'après les travaux parlementaires sur la loi de finance 2007, l'enveloppe allouée se partagerait entre les dépenses en personnel à 68 % et les dépenses de fonctionnement des juridictions à 27,9 %. En ce qui concerne plus précisément les manifestations des droits de la défense dans le budget de la justice, deux chiffres retiennent notre attention. En 2007, le montant de l'aide juridictionnelle s'est élevé à 323 millions d'euros tandis que les frais de justice ont bénéficié seulement d'une enveloppe de 393 millions d'euros<sup>189</sup>. Avec toute la prudence inhérente à la manipulation des chiffres statistiques, il est possible d'étayer notre conviction selon laquelle le budget imparti aux droits de la défense est nettement insuffisant à leur application.

Le montant de l'aide juridictionnelle en France demeure modeste en comparaison des autres États européens. D'après une récente étude du Conseil de l'Europe menée par la Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ) sur les systèmes judiciaires européens la France consacre seulement 4,64 euros d'aide juridictionnelle par habitant lorsque la majorité des États européens de l'Ouest y investit entre 7 et 18 euros<sup>190</sup>.

Ensuite la totalité de l'aide juridictionnelle n'est ni exclusivement dévolue à la matière pénale, ni impartie dans des proportions équivalentes au nombre d'affaires traitées. D'après l'étude européenne, sur un budget de 279 millions d'euros dévolue à l'aide juridictionnelle en 2002, seulement 81 millions d'euros ont été consacrés en France aux affaires pénales<sup>191</sup>. Par

---

<sup>188</sup> Le reste du budget se répartit entre l'administration pénitentiaire avec 35,7 %, la protection judiciaire de la jeunesse avec 12,8 %, l'accès au droit 5,4 % et la formation 4,5 %. in *Le budget de la Justice en 2007*.

Disponible sur : <http://www.justice.gouv.fr/index.php?rubrique=10054&ssrubrique=10055&article=12449> [consulté le 08/07/2007]

<sup>189</sup> Ibid. idem.

<sup>190</sup> *Systèmes judiciaires européens 2002. Faits et chiffres sur la base d'une enquête conduite dans 40 États membre du Conseil de l'Europe*. CEPEJ, Avril 2005, p.20.

Disponible sur : [http://www.coe.int/t/f/affaires\\_juridiques/coop%20E9ration\\_juridique/fonctionnement\\_de\\_la\\_justice/efficacit%20de\\_la\\_justice/systeme%20judiciaire%20F.pdf](http://www.coe.int/t/f/affaires_juridiques/coop%20E9ration_juridique/fonctionnement_de_la_justice/efficacit%20de_la_justice/systeme%20judiciaire%20F.pdf) [consulté le 08/07/2007]

<sup>191</sup> *Annuaire statistique de la justice*. La Documentation française, Éd. 2006, p.291. En 2004, les dossiers pénaux admis au titre de l'aide juridictionnelle ne représentaient que 42,5 % des admissions, contre 51,7 % aux dossiers civils. Il faut ajouter que les admissions concernent pour 4,1 % les conditions d'entrée et de séjour des étrangers et pour 1,7 % le droit administratif.

comparaison, l'Allemagne bénéficiait d'un budget de 88 millions d'euros et le Royaume-Uni 1,6 milliard d'euro. En outre, il existe dans les systèmes pénaux européens une certaine proportionnalité entre le budget octroyé et le nombre d'affaires traitées<sup>192</sup>, à l'exception de la France. Alors que les affaires pénales indiquent 42 % de dossiers admis à l'aide juridictionnelle, son enveloppe budgétaire ne représente que 29 % du budget de l'aide juridictionnelle<sup>193</sup>.

Enfin, sur les 383 498 dossiers admis en matière pénale en 2005<sup>194</sup>, tous ne concernent pas exclusivement la défense. 47 630 dossiers, soit 12,4 %, correspondent à la part d'admission pour la partie civile<sup>195</sup>. Finalement, la part réellement consacrée à la défense s'élève à 335 868 dossiers, soit 87,6 % des admissions pénales. On évalue son budget à 70 millions d'euros. La faible importance de cette somme, exclusivement affectée à indemniser<sup>196</sup> – et non à rémunérer – l'assistance et la représentation de la défense, démontre à elle seule l'insuffisance des moyens financiers consacrés aux droits de la défense eu égard aux prestations fournies. À titre d'exemple, la défense d'un prévenu ou d'une partie civile devant le Tribunal correctionnel ou le Tribunal pour enfant est indemnisée 166,72 euros pour une durée de procédure qui varie entre 2 et 18 mois<sup>197</sup>.

**477.** L'insuffisance des effectifs en magistrats, greffiers ou personnels de justice est un problème récurrent dans nos institutions judiciaires<sup>198</sup>. Avec un taux de 10,37 magistrats pour 100 000 habitants, notre système judiciaire figure dans les derniers rangs des États européens, aux côtés de Malte, l'Italie, l'Espagne et les Pays-Bas<sup>199</sup>. Cette remarque vaut également pour le personnel de justice qui connaît un taux de 26,71 contre 56,21 en

Les missions d'aide juridictionnelle couvrent une procédure sur cinq en matière civile, 40 % en matière pénale, et l'indemnité à la charge de l'État monte jusqu'à 80 % dans le cadre de la défense pénale d'urgence. Le monde du 16 juin 2006.

<sup>192</sup> Systèmes judiciaires européens 2002. CEPEJ, Avril 2005, p.24. Au Royaume-Uni, les affaires pénales bénéficient de 57 % du budget de l'aide juridictionnelle afin de traiter 61 % des affaires en bénéficiant. En Suède, le ratio est de 76,7 % du budget pour 74,8 % des affaires et en Italie, il atteint les 99,7 % du budget pour 99,7 % des affaires.

<sup>193</sup> V. Tableau n°3 des chiffres clés sur l'aide juridictionnelle du CNB, 2005, p.2.

Disponible sur : [http://www.cnb.avocat.fr/lettre\\_conseil/LDC-03-2006/chiffres-cles\\_AJ.pdf](http://www.cnb.avocat.fr/lettre_conseil/LDC-03-2006/chiffres-cles_AJ.pdf) [consulté le 08/07/2007]

<sup>194</sup> In Les chiffres clés de la justice en 2006, p.33.

Disponible sur : [http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/1\\_chiffrescles06.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_chiffrescles06.pdf) [consulté le 08/07/2007]

<sup>195</sup> Ibid. idem.

<sup>196</sup> Art. 90 du Décret n°91-1266 du 19 décembre 1991 fixe la rétribution des avocats qui prêtent leur concours à l'aide juridictionnelle. A titre d'information, le montant de l'unité de valeur de référence fixé par la loi de finances pour 2006 est de 20,84 € HT. Cf. Circ. du 31 décembre 2005 relative à l'aide juridictionnelle, BOMJ n°101, p.2.

<sup>197</sup> L'assistance d'un mis en examen au cours d'une instruction pour un délit (un à deux ans) : 250,08 euros sans détention provisoire, 416,80 euros en cas de détention provisoire. Ceci ne veut pas dire qu'il vaut mieux financièrement que le client soit détenu. La détention implique des visites à la maison d'arrêt et des procédures devant la chambre de l'instruction qui font perdre des demi journées entières.

L'assistance d'un mis en examen au cours d'une instruction pour un crime (un à deux ans) : 1042 euros.

L'assistance d'un accusé devant la cour d'assises (2 jours pleins minimum) : 833,60 euros, plus 41,68 euros par jour d'audience au-delà du premier. Mais la durée de la préparation qui se compte en dizaines d'heures n'est pas prise en compte.

L'assistance d'une partie civile devant la cour d'assises (2 jours pleins minimum) : 500,16 euros plus 41,68 euros par jour d'audience au-delà du premier.

<sup>198</sup> MILLET, D. *Quarante ans de budget de justice*. in Ce qui a changé dans la justice depuis 20 ans, Justices, Dalloz, 1999.

<sup>199</sup> L'Allemagne connaît un taux de 25,30 juges pour 100 000 habitants. Mais surtout, de nombreux pays de l'Est bénéficient d'effectifs en magistrats de deux à quatre fois plus importants que ceux de la France. Systèmes judiciaires européens 2002. CEPEJ, Avril 2005, pp.34-35.

Italie, 72,74 en Allemagne, et 89,23 en Espagne. Pourtant, durant ces dix dernières années, le législateur a réalisé à travers ses lois de programme<sup>200</sup> des efforts budgétaires substantiels qui ont permis une augmentation des effectifs à hauteur de 18,3 %<sup>201</sup>. Pour preuve, la loi de finance de 2006 prévoit un effectif de 29 679 personnes dans les services judiciaires, au sein desquels on dénombre 7 805 magistrats, 10 378 greffiers en chef et greffiers, et 11 496 fonctionnaires et contractuels. Toutefois, de nombreux arguments démontrent que ces efforts sont nettement insuffisants eu égard aux besoins.

L'accroissement des effectifs judiciaires reste plus que relatif vu notre retard en comparaison des autres systèmes judiciaires européens. Ces développements ne modifient en rien notre classement par rapport aux autres États européens<sup>202</sup>. D'ailleurs, il est un élément non négligeable à prendre en considération si l'on souhaite que ces statistiques soient conformes aux réalités du terrain : la vacance des postes<sup>203</sup>. Ainsi, on découvre un volant fluctuant d'une centaine de postes vacants.

Ensuite, au niveau de l'exécution de la loi d'orientation et de programmation pour la justice, le législateur accuse un retard important. Alors que nous abordons la dernière tranche de la mise en œuvre de la loi, le taux prévisionnel de réalisation des créations d'emplois dans les juridictions judiciaires (cumulées sur cinq exercices budgétaires) se révèle décevant puisqu'il n'atteint que 63 %<sup>204</sup>.

Enfin, le nombre de départs en retraite dans les années à venir risque non seulement d'annuler la croissance en personnel de ces dernières années, mais risque en outre d'entraîner sa diminution s'il n'est pas pris suffisamment à temps<sup>205</sup>, en considération, avec des solutions. D'après les prévisions du ministère, il est prévu le départ de 2 137 magistrats – soit 27,3 % du

---

<sup>200</sup> Loi de programme n°95-9 du 06 janvier 1995 sur la justice et Loi de programme n°2002-1138 du 09 septembre 2002 relative à la Loi d'orientation et de programmation pour la justice.

<sup>201</sup> En passant de 24 668 en 1995 à 29 200 en 2005, le personnel judiciaire progresse de 18,3 %. Dans le détail, sur la même période, les effectifs de magistrats passent de 6 029 à 7 526 et s'accroissent de 24,8 % pendant que les fonctionnaires et contractuels passent de 18 639 à 21 674 et progressent de 16,2 %. Si bien que le ratio magistrat/fonctionnaire des greffes passe respectivement de 2,81 à 2,63. in *Annuaire statistique de la justice. La Documentation française*, Éd. 2006, p.15 ; *Rapport d'activité du Conseil supérieur de la magistrature, année 2005* ; *Rapport de l'Assemblée nationale n°157 par J-L. Warsmann du 30 juillet 2002, sur la loi d'orientation et de programmation sur la justice*, p.11.

Disponible sur : <http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/rapports-annuels/rapport2005/chap1-5.htm> [consulté le 08/07/2007]

Disponible sur : <http://www.assemblee-nationale.fr/12/rapports/r0157.asp> [consulté le 08/07/2007]

<sup>202</sup> En tenant compte de la progression, nous parvenons à un taux de 12,97 magistrats pour 100 000 habitants.

<sup>203</sup> La vacance d'un poste résulte en général du décalage (de plusieurs mois au minimum) régulièrement constaté entre les départs et les arrivées lors des mutations, des difficultés à pourvoir certains postes de magistrats, des délais de formation des personnels recrutés pour les postes nouvellement créés, des détachements, mises à disposition ou disponibilités...

À ces vacances de postes au sens strict viennent s'ajouter de fréquentes vacances temporaires causées par le non-remplacement des magistrats ou des fonctionnaires lorsqu'ils sont momentanément absents (par exemple au cours d'un congé de maternité, d'un congé de maladie ou d'un stage de formation...). V. *Rapport d'information du Sénat n°49 par C. Jolibois et P. Fauchon, du 30 octobre 1996, sur les moyens de la justice.*

Disponible sur : <http://www.senat.fr/rap/r96-49/r96-49.html> [consulté le 08/07/2007]

<sup>204</sup> Dans l'optique de la LOLF les évaluations sont désormais mesurées en ETPT. Dans la loi de finance pour 2007, ce sont 105,5 ETPT de magistrats qui seront créés en 2007 pour atteindre un total sur la période 2003-2007 de 629 ETPT, soit un taux d'exécution de la LOPJ de 66,2 % pour les magistrats. Dans la même logique « lolfienne », 167 ETPT de fonctionnaires seront créés en 2007, pour un effectif total de 1.827 ETPT depuis 2003, soit un taux d'exécution de la LOPJ de 52,2 % pour les fonctionnaires.. V. *Rapport du Sénat n°78 par P. Marini, du 23 novembre 2006 sur le projet de loi de finance pour 2007.*

Disponible sur : [http://www.senat.fr/rap/106-078-315/106-078-315\\_mono.html](http://www.senat.fr/rap/106-078-315/106-078-315_mono.html) [consulté le 08/07/2007]

<sup>205</sup> Ibid. idem. La durée de formation d'un magistrat à l'ENM est de 31 mois. Elle est de 18 mois pour un greffier à l'ENG.

corps actuel – et de 7 097 fonctionnaires – soit 32,4 % du corps actuel – dans les dix prochaines années<sup>206</sup>.

**478.** L'insuffisance des moyens matériels au sein des juridictions est toute aussi chronique. Pour illustrer notre propos, l'installation de l'outil informatique a été tardive, progressive et très lente à se mettre en place sur l'ensemble des Palais de justice. Elle s'étale sur une dizaine d'années en raison des contraintes budgétaires et de la non formation du personnel. Au début des années quatre-vingt-dix, le coût d'un poste informatique reste élevé et se révèle être un investissement fort peu rentable, à court comme à moyen terme, tellement les progrès des nouvelles technologies sont exponentiels. Au bout de quelques années seulement, le matériel et les logiciels sont obsolètes. En parallèle, il faut former le personnel de justice à ce nouvel instrument et à ses évolutions perpétuelles. Or le temps numérique n'est définitivement pas celui de la formation du personnel. Il faudra très certainement le temps d'une génération pour que la révolution numérique s'achève dans les institutions judiciaires. En attendant, le parc informatique est vieillissant et disparate<sup>207</sup>, et le personnel – insuffisant et – insuffisamment formé pour absorber la problématique de la gestion des flux et des stocks d'affaires pénales auxquelles l'institution doit faire face. En effet, il est parfaitement illusoire et trompeur d'apprécier la réalité des droits de la défense seulement à travers le budget de l'institution judiciaire. Encore faut-il prendre en compte le contexte dans lequel elle évolue. Entre 1991 et 2004, notre système pénal a connu une augmentation de 74,6 % du nombre d'affaires pénales traitées par les parquets<sup>208</sup>. Ni l'apport substantiel des moyens informatiques ni l'accroissement du personnel de justice n'ont permis de résorber une telle inflation pénale, ils l'ont tout au plus ralentie.

**479.** La conjonction d'un accroissement du coût des frais de justice<sup>209</sup> avec un encadrement strict des dépenses budgétaires connaît des conséquences sur la mise en œuvre des droits de la défense, en limitant le nombre de demandes d'acte. L'émergence de nouvelles expertises<sup>210</sup> du fait de l'évolution de la science, de la technologie et de la biochimie constitue de nouveaux instruments d'investigation particulièrement

---

<sup>206</sup> Les prévisions ne tiennent pas compte des départs sur demande et pour invalidité dont le nombre ne peut être évalué à ce jour. Ces prévisions se fondent sur une hypothèse de départs à la retraite à 65 ans. In Avis du Sénat n°104 par Y. Détraigne et S. Sutour, du 24 novembre 2005 sur le projet de loi de finance pour 2006.

Disponible sur : [http://www.senat.fr/rap/a05-104-3/a05-104-3\\_mono.html](http://www.senat.fr/rap/a05-104-3/a05-104-3_mono.html) [consulté le 08/07/2007]

<sup>207</sup> Le parc informatique n'est pas uniforme au sein d'une même juridiction. Le cycle de renouvellement du matériel informatique est de cinq ans. Par conséquent, le parc est constitué de machines qui ont entre 1 et 5 ans. En outre, toutes les juridictions ne travaillent pas avec les mêmes logiciels. La chancellerie a naturellement privilégié la concurrence entre les éditeurs de logiciels informatiques avant de s'intéresser aux logiciels libres. La pertinence et la rationalité de ces choix sur un plan comptable sont légitimes mais ils posent de sérieux problèmes de compatibilité occasionnant des retards dans la transmission des informations.

<sup>208</sup> Les parquets ont traité 3 091 264 d'affaires pénales en 1991 contre 5 399 181 en 2004. V. *Annuaire statistique de la justice*, Ed. La Documentation française, 1991-2006.

<sup>209</sup> Art. R.92 et 93 du C. pr. pén. Les frais de justice pénale représentent 80 % de l'ensemble des frais de justice, contre 69 % en 2000. Rapport du Sénat n°216 par R. du Luart, du 22 février 2006 sur l'enquête de la Cour des comptes sur les frais de justices. Selon le rapporteur, « après un doublement entre 1988 et 1995, les frais de justice pénale ont connu une très forte accélération au cours des années 2002, avec une hausse de 13,3 %, 2003, avec une hausse de 21,2 %, et 2004, avec une hausse de 27,1 %. Les frais de réquisitions téléphoniques, les frais d'expertises médicales, notamment génétiques, les dépenses de traduction et d'interprétariat expliquent en grande partie ces augmentations ». Compte rendu intégral de l'Assemblée nationale, 1<sup>ère</sup> séance du 10 novembre 2005.

Disponible sur : <http://www.senat.fr/rap/r05-216/r05-216.html> [consulté le 08/07/2007]

Disponible sur : [http://www.assemblee-nationale.fr/12/cr/2005-2006/20060056.asp#P68\\_1997](http://www.assemblee-nationale.fr/12/cr/2005-2006/20060056.asp#P68_1997) [consulté le 08/07/2007]

performants dans la recherche de la vérité. Les magistrats ne manquent pas d'y avoir recours. Afin de satisfaire un besoin croissant de justice de la part de la population, sans avoir pour autant sérieusement évalué en amont le coût<sup>211</sup> de ces nouveaux dispositifs en procédant à une étude d'impact sérieuse, le législateur a multiplié les procédures<sup>212</sup> dans lesquelles l'OPJ ou le magistrat peuvent y procéder. Seulement, le coût financier de ces nouvelles expertises est prohibitif, et parfois exorbitant<sup>213</sup>. Il en résulte ainsi « une augmentation des frais de justice de près de 20 % par an depuis près de quatre ans »<sup>214</sup>.

En parallèle, l'administration du budget de la justice connaît un grand bouleversement en passant d'une gestion de crédits évaluatifs à une gestion de crédits limitatifs<sup>215</sup>. Avec l'entrée en vigueur de la loi organique relative aux lois de finances (LOLF), le législateur entend strictement encadrer les ressources budgétaires. Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2006, chaque juridiction dispose d'une enveloppe budgétaire fixe dont le pouvoir de gestion<sup>216</sup> revient aux chefs de Cour. D'après les estimations de la Chancellerie<sup>217</sup>, les dépenses en frais de justice devaient approcher les 600 millions d'euros en 2006. Avec un budget de seulement 420 millions d'euros<sup>218</sup>, on pouvait légitimement craindre une remise en cause de la liberté des prescriptions d'investigation des magistrats et/ou des difficultés financières. Dans son

---

<sup>210</sup> « Les dépenses liées aux opérateurs de télécommunications connaissent une évolution apparemment incontrôlée : pour France Télécom, les augmentations annuelles dépassent 16 % en 2002, 37 % en 2003 et 26 % en 2004 ; pour les autres opérateurs, les hausses sont de l'ordre de 150 % en 2002, 82 % en 2003 et 87 % en 2004. Pour la location des matériels d'interception, les progressions au cours des mêmes années sont de 37 %, 27 % et 41 %. Au total, les frais relatifs à la téléphonie représentent désormais plus de 21 % des frais de justice pénale, contre 11 % en 1995 ». in Annexe du Rapport du Sénat n°216 par R. du Luart, du 22 février 2006 sur l'enquête de la Cour des comptes sur les frais de justices, p.5.

<sup>211</sup> ARNAULT, Séverine., KRIEF, Patrick. *Le coût des expertises*. SDES, Février 2003, pp.34-50. Le coût moyen d'une expertise s'élève à 1 249 euros. Cependant, son coût médian est de 456 euros. Cet écart traduit une grande disparité de coûts. L'expertise la moins chère coûte 34 euros tandis que la plus onéreuse coûte plus de 34 000 euros.

Disponible sur : [http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/infostat66.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/infostat66.pdf) [consulté le 08/07/2007]

<sup>212</sup> Loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne, la Loi n°2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure et la Loi n° 2004-204 du 09 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité élargissent considérablement les hypothèses permettant de procéder à des interceptions téléphoniques ou à des prélèvements génétiques.

<sup>213</sup> Ibid. Idem. Le coût moyen d'une expertise est de 1 608 euros dans la téléphonie ou l'informatique, de 3 495 euros pour les empreintes génétiques et de 11 973 euros pour une étude financière ou comptable (tableau 55).

<sup>214</sup> Rapport d'information de l'Assemblée nationale n°2378 par J-L. Warsmann du 15 juin 2005, sur la mise en application de la loi du 09 mars 2004.

Disponible sur : <http://www.assemblee-nationale.fr/12/rap-info/i2378.asp> [consulté le 08/07/2007]

<sup>215</sup> Pour être pleinement mesurées, les conséquences de la croissance des frais de justice doivent être replacées dans la perspective de l'entrée en vigueur de la LOLF. En effet, en application des dispositions de l'ancien article 9 de l'ordonnance du 2 janvier 1959, les crédits ouverts au titre des frais de justice avaient un caractère « évaluatif » ce qui signifie qu'ils étaient payés sans ordonnancement préalable. En conséquence, il n'existait pas de comptabilité des engagements, ce qui ne permettait de connaître le montant des dépenses qu'une fois celles-ci payées. Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2006, les frais de justice relèvent d'un crédit limitatif. Dès lors, le calcul de la dotation initiale dans la loi de finances est déterminant puisque aucun ajustement ne sera automatiquement accordé en cours d'exécution.

<sup>216</sup> Les impératifs d'une bonne gestion des crédits et du management du personnel sont, aujourd'hui encore plus qu'hier, au cœur des enjeux de la justice. V. Rapport d'information du Sénat n°4 par R. du Luart, du 04 octobre 2006 sur la justice, de la gestion au management ? Former les magistrats et les greffiers en chef.

Disponible sur : [http://www.senat.fr/rap/r06-004/r06-004\\_mono.html#toc1](http://www.senat.fr/rap/r06-004/r06-004_mono.html#toc1) [consulté le 08/07/2007]

<sup>217</sup> Compte rendu intégral de l'Assemblée nationale, 1<sup>ère</sup> séance du 10 novembre 2005 ; Rapport d'information de l'Assemblée nationale n°2378 par J-L. Warsmann du 15 juin 2005, sur la mise en application de la loi du 09 mars 2004.

<sup>218</sup> Le budget de la justice en 2006, p.7.

Disponible sur : <http://www.justice.gouv.fr/actualites/plf2006/plf2006.htm> [consulté le 08/07/2007]



allocution du 04 décembre 2006 sur le projet de loi de finance de 2007, le Garde des Sceaux a affirmé que le montant des frais de justice était conforme aux prévisions. Il explique ce retournement de tendance par une prise de conscience et de réels efforts des magistrats en tant que prescripteurs de la dépense. Il le justifie également par la fixation d'une grille tarifaire en matière de communication<sup>219</sup> qui permet d'envisager une baisse des tarifs actuels de l'ordre de 40 %. Toutefois, cet équilibre budgétaire ne peut pas dissimuler les difficultés rencontrées au quotidien dans les juridictions. Des dysfonctionnements et des impayés se sont multipliés auprès des experts, médecins, interprètes, travailleurs sociaux, ou tous autres intervenants près des juridictions pénales<sup>220</sup>. Même si le garde des sceaux s'en défend en déclarant que « *la recherche de la vérité ne sera pas freinée pour des raisons budgétaires* », il semble que les enquêteurs soient incités à sélectionner les affaires dignes de faire l'objet d'une analyse. Cet encadrement budgétaire n'est pas sans conséquence sur la mise en œuvre des droits de la défense. Si les enquêteurs et les magistrats disposent de crédits limités pour procéder aux actes d'investigation nécessaires à leur enquête, il est certain qu'ils adopteront pour le moins la même sélection pour les demandes d'acte de la défense. L'insuffisance de l'aide juridictionnelle, les carences en personnel et en matériel et le contingentement des frais de justice sont autant d'indices qui démontrent que les déficiences des droits de la défense ne sont pas exclusivement processuelles ou légales. Elles s'expliquent partiellement par une carence des moyens mis en œuvre.

## § 2 – Les capacités de résistance des droits de la défense

**480.** Malgré les défaillances constatées, certains agrégats financiers ou indices statistiques nous autorisent à relativiser les atteintes (A) et à constater des progrès significatifs au plan budgétaire (B).

### A – La relativité des atteintes

**481.** À partir du principe de la marge d'appréciation qui permet de concilier l'interprétation, parfois discordante, des normes et des concepts entre les différents systèmes pénaux européens, la Cour européenne a tenu compte de l'existence de régimes dérogatoires du droit commun en raison de leur spécificité juridique, politique et sociétale. Cependant, cette légitimation de principe ne signifie nullement qu'elle se dispense d'examiner la régularité et surtout la proportionnalité des atteintes par rapport aux droits garantis dans la Convention. S'il résulte de sa jurisprudence qu'elle autorise une certaine marge de manœuvre dans les modalités d'application des droits de la défense par rapport au droit commun, elle ne manque jamais d'en apprécier *in concreto* les faits à travers des critères d'analyse tels que la légalité et l'équité de la procédure, la légitimité des moyens, la finalité et la nécessité de l'ingérence. Mais cette marge de liberté ne dispense pas de les mettre en œuvre. Les procédures dérogatoires connaissent également des limites<sup>221</sup> au-delà desquelles prédomine un socle de droits de la défense absolu<sup>222</sup>.

<sup>219</sup> Décret n° 2006-358 du 24 mars 2006 relatif à la conservation des données des communications électroniques.

<sup>220</sup> Libération du 22 juin 2006, *Raide et mauvaise payeuse comme la justice*, par Coignard Jacqueline.

<sup>221</sup> « *L'intervention d'agents infiltrés doit être circonscrite et entourée de garanties même lorsqu'est en cause la répression du trafic de stupéfiants. En effet, si l'expansion de la délinquance organisée commande à n'en pas douter l'adoption de mesures appropriées, il n'en demeure pas moins que, dans une société démocratique, le*

À de nombreuses reprises – parfois sous des formes différentes –, elle rappelle que « *la mission confiée à la Cour par la Convention consiste uniquement à rechercher si la procédure considérée dans son ensemble, a revêtu un caractère équitable et si les droits de la défense ont été respectés* »<sup>223</sup>. Si on se réjouit d'un tel contrôle, on ne peut que s'étonner qu'elle ne relève pas l'inégalité des armes organisée et le recul du contradictoire dans les procédures dérogatoires de notre droit interne. Pourquoi ne parvient-elle pas aux mêmes conclusions ?

En réalité, l'explication est assez simple. Depuis sa création, la Cour n'a été saisie qu'une seule fois pour une question d'équité concernant les procédures d'exception françaises<sup>224</sup>. Il lui est donc difficile de se prononcer s'il ne lui parvient pas de requêtes en ce sens. Néanmoins, il est possible d'affirmer, au regard de sa jurisprudence en ce domaine vis-à-vis des autres États européens, qu'elle considère que les atteintes aux principes et aux droits sont légitimes et nécessaires pour satisfaire aux garanties d'une société démocratique<sup>225</sup>. Toutefois, si la position de la Cour peut parfaitement s'appliquer aux procédures françaises en matière de terrorisme et de criminalité organisée en raison de la proximité des procédures, des intérêts particuliers à défendre et des atteintes subies, l'analogie est plus difficile en matière de stupéfiants<sup>226</sup>. Il n'est pas certain, au regard des standards européens, que ces ingérences soient justifiées, légitimes, nécessaires et proportionnés. Comment justifier une garde à vue de quatre-vingt-seize heures avec le droit de consulter un avocat repoussé à la soixante-douzième heure pour la détention de stupéfiants alors que l'auteur d'un homicide ne peut-être retenu que quarante-huit heures avec l'assistance d'un avocat dès la première heure ? La remise en cause par la Cour européenne des droits de l'homme du caractère dérogatoire attribué aux

---

*droit à une bonne administration de la justice occupe une place si éminente (arrêt Delcourt c. Belgique du 17 janvier 1970, Série A, n°11, p.15, § 25) qu'on ne saurait le sacrifier à l'opportunité. Les exigences générales d'équité consacrées à l'article 6 s'appliquent aux procédures concernant tous les types d'infraction criminelle, de la plus simple à la plus complexe. L'intérêt public ne saurait justifier l'utilisation d'éléments recueillis à la suite d'une provocation policière* » CEDH du 09 juin 1998, Aff. *Teixeira de castrot c/Portugal*, req. n°25829/94, § 36.

<sup>222</sup> Droit d'interroger un témoin, CEDH du 13 avril 2006, Aff. *Zentar c/France*, req. n°17902/02, §§26-31 ; droit à un procès équitable, CEDH du 20 novembre 1989, Aff. *Kostovski c/Pays-Bas*, req. n°11454/85, §§44-45 ; CEDH du 09 juin 1998, Aff. *Teixeira de castrot c/Portugal*, req. n°25829/94, §§34-39 ; Droit de ne pas être torturé ou de faire l'objet d'un traitement inhumain, CEDH du 11 juillet 2006, Aff. *Jalloh c/Allemagne*, req. n°54810/00, §§94-122. V. également la décision du Conseil constitutionnel relative à la loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité. Cons. const. 02 mars 2004, n°2004 – 492 DC, § 6. Rec. p.66. **FAVOREU**, Louis., **PHILIP**, Loïc. *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*. 13<sup>e</sup> Éd. Dalloz, 2005, p.877.

Disponible sur : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2004/2004492/doc.htm> [consulté le 08/07/2007]

<sup>223</sup> CEDH du 13 octobre 2005, Aff. *Bracci c/Italie*, req. n°38822/02, § 51.

<sup>224</sup> CEDH du 20 septembre 1993, Aff. *Saidi c/France*, req. n°14647/89. En l'espèce, la Cour condamne la France parce que « *le requérant n'a pas pu interroger ou faire interroger les témoins qui l'accusaient, ni pendant l'instruction ni au cours des débats, le privant ainsi d'un procès équitable* ». Elle a bien été saisie d'une affaire de recel en bande organisée, mais à l'époque des faits, l'infraction était soumise au droit commun. CEDH du 13 avril 2006, Aff. *Zentar c/France*, req. n°17902/02.

<sup>225</sup> CEDH du 06 juin 2000, Aff. *Magee c/Royaume-Uni*, req. n°28135/95 ; CEDH du 06 mai 2003, Aff. *Perna c/Italie*, req. n°48898/99 ; CEDH du 11 juillet 2006, Aff. *Jalloh c/Allemagne*, req. n°54810/00.

<sup>226</sup> Le domaine des stupéfiants ne remplit pas les critères habituels affiliés aux procédures dérogatoires, au contraire, il s'approche davantage du droit commun. Pour commencer, il n'existe pas de juridictions spécialisées telles que les JIRS ou les Cour d'assises spéciales. Les infractions aux stupéfiants sont jugées par les juridictions de droit commun. Ensuite, la nature même des infractions aux stupéfiants n'est pas comparable à celle de la criminalité organisée et du terrorisme où les intérêts fondamentaux d'une société démocratique sont en jeu. Le degré de gravité d'atteinte à l'ordre public comme le nombre d'infractions constatées s'approche davantage du droit commun que des procédures dérogatoires. Enfin, avec cette procédure d'exception, la France est isolée parmi les autres législations européennes.

procédures sur les stupéfiants au travers d'une condamnation de principe de la France est parfaitement envisageable à l'examen de sa jurisprudence. Encore faut-il que la défense en fasse la demande.

**482.** Les atteintes aux principes et aux droits, aussi importantes soient-elles en intensité, restent limitées quantitativement. La part des procédures d'exception dans l'ensemble des affaires pénales est un élément important qui nous autorise à relativiser les atteintes.

Parmi les procédures d'exception, celles concernant les stupéfiants sont les plus importantes en nombre même si elles demeurent contestables sur le plan de la légitimité et de la nécessité. En effet, les OPJ ont établi en 2005 144 561 infractions à la législation sur les stupéfiants sur un total de 3 775 838 faits constatés, soit un pourcentage de 3,8 %<sup>227</sup>. Au niveau judiciaire, les juridictions pénales ont prononcé 31 497 condamnations pour infraction aux stupéfiants sur un total de 598 804 condamnations, soit une représentation de 5,2 %<sup>228</sup>.

Pour la criminalité organisée, l'agrégat statistique ne figure pas en tant que tel dans la nomenclature des statistiques. Néanmoins, selon le commissaire divisionnaire Schwendener<sup>229</sup>, confirmé par un rapport du Conseil constitutionnel<sup>230</sup>, on comptabilisait 548 condamnations prononcées en matière de bande organisée en 2002, soit une représentation de 0,12 % de l'ensemble des condamnations. Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 9 mars 2004 instituant 8 nouvelles juridictions interrégionales spécialisées (JIRS) compétente en matière économique et financière, et en délinquance et criminalité organisée, la Chancellerie dénombrait 108 procédures transmises aux JIRS à la fin du trimestre 2004 contre 75 au premier trimestre 2005<sup>231</sup>. Finalement, on recensait en 2006 392 dossiers traités par les JIRS<sup>232</sup>.

Enfin, en matière de terrorisme, les enquêteurs dénombraient 232 infractions violentes à caractère terroriste en 2005 contre 259 en 2004<sup>233</sup>. Il est impossible de définir précisément le

<sup>227</sup> Criminalité et délinquance constatées en France en 2005. La Documentation française, Éd. 2006, t. 2, p.25. Disponible sur : <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/064000354/0000.pdf> [consulté le 08/07/2007]

<sup>228</sup> Annuaire statistique de la justice. La Documentation française, Éd. 2006, p.157.

<sup>229</sup> **GIRAULT**, Carole. *Loi Perben II : une nouvelle distribution des pouvoirs*. AJ pénal 2004, Actualités, p.130.

<sup>230</sup> Dossier documentaire annexé à la décision du Conseil constitutionnel relative à la loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité. Cons. const. 02 mars 2004, n°2004 – 492 DC, § 6. Rec. p.66. **FAVOREU**, Louis., **PHILIP**, Loïc. *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*. 13<sup>e</sup> Éd. Dalloz, 2005, p.877.

Disponible sur : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2004/2004492/doc.htm> [consulté le 08/07/2007]

<sup>231</sup> « Le nombre relativement élevé de nouveaux dossiers attribués aux JIRS au cours du dernier trimestre 2004 tient, selon toute vraisemblance, au transfert à ces nouvelles juridictions d'anciennes procédures ouvertes antérieurement au 1er octobre 2004. La décrue observée au cours du premier trimestre 2005 conforte cette hypothèse et laisse entrevoir ce que pourrait être le nombre moyen des affaires nouvelles prises en charge par les JIRS. La répartition entre les dossiers relevant de la criminalité organisée au sens de la loi et ceux de nature économique et financière est inégale puisque les premiers représentent 87 % du total, les seconds n'atteignant que 13 %. En ce qui concerne les qualifications pénales retenues, elles relèvent, dans près de 50 % des affaires, du trafic de stupéfiants comme l'avait déjà constaté votre rapporteur dans son précédent rapport. Pour leur part, l'association de malfaiteurs et le vol en bande organisée se retrouvent dans près d'un tiers des procédures prises en charge par les JIRS. Puis, mais à titre subsidiaire, les qualifications de trafic d'armes et d'explosifs, de proxénétisme et de traite des êtres humains, d'infraction à la législation sur les jeux ou de faux monnayage, figurent également parmi celles retenues pour la saisie des JIRS ». Rapport AN n°2378, du 15 juin 2005 sur la mise en application de la Loi n° 2004-204 du 09 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

<sup>232</sup> Discours du Garde des Sceaux, Ministre de la Justice sur les JIRS à l'assemblée nationale le 06 avril 2006.

Disponible sur : <http://www.justice.gouv.fr/discours/d060406b.htm> [consulté le 08/07/2007]

<sup>233</sup> Criminalité et délinquance constatées en France en 2005. La Documentation française, Éd. 2006, t. 2, p.15.

nombre de condamnations prononcées par les juridictions de jugement en ce domaine, le caractère terroriste étant confondu avec l'hyperonyme « *crime de sang* »<sup>234</sup>.

En conclusion, l'aspect quantitatif des procédures d'exception – qui reste en définitive marginal – permet de relativiser sensiblement les atteintes aux principes et aux droits. De même, si le budget de la justice reste insuffisant pour satisfaire aux besoins des droits de la défense, forcer de reconnaître qu'il progresse.

## B – Un budget en progression

**483.** Entre la première loi de finances sur la justice en 1995 et 2007, le ministère de la justice a connu une augmentation de son budget de 77,4 %. La part relative de la justice dans le budget général de l'État est passé respectivement de 1,49 % à 2,34 % aujourd'hui<sup>235</sup>.

Au plan des effectifs, le personnel judiciaire est passé de 22 955 en 1995 à 29 484 en 2006. Il a donc progressé de 19,5 %. Sur la même période, les effectifs en magistrats se sont accrus de 30,8 % pour atteindre 7 889 juges pendant que le nombre de fonctionnaires et de contractuels a progressé de 27,5 % pour parvenir au chiffre de 21 595 personnes<sup>236</sup>.

Au plan matériel, l'ensemble des juridictions dispose désormais de l'outil informatique. Ce nouveau moyen devient progressivement un complément indispensable du dossier papier. Il facilite les recherches et les demandes diverses et variées des acteurs liés à la procédure. Il est devenu une source de renseignements incontournable. De plus, avec la généralisation du système d'information pénale dénommé "Cassiopée"<sup>237</sup> à l'ensemble des juridictions pénales courant 2008, c'est toute la chaîne pénale de la garde à vue à l'exécution des peines, à l'échelon national, qui sera mise en réseau. Cette évolution inéluctable vers la dématérialisation du dossier pénal est primordiale en termes d'efficacité<sup>238</sup> de la justice. Elle

---

<sup>234</sup> Annuaire statistique de la justice. La Documentation française, Éd. 2006, p.211.

<sup>235</sup> *ibid.* idem. p.13 ; in Le budget de la Justice en 2007.

Disponible sur : <http://www.justice.gouv.fr/index.php?rubrique=10054&ssrubrique=10055&article=12449>  
[consulté le 08/07/2007]

<sup>236</sup> Rapport d'activité du Conseil supérieur de la magistrature, année 2005 ; Rapport de l'Assemblée nationale n°157 par J-L. Warsmann du 30 juillet 2002, sur la loi d'orientation et de programmation sur la justice, p.11 ; Rapport du Sénat n°78 par R. du Luart, du 23 novembre 2006 sur le projet de loi de finance pour 2007.

<sup>237</sup> Acronyme de chaîne applicative supportant le système d'information orientée procédure pénale et enfants. Le projet Cassiopée a pour objet de fournir un système complet d'automatisation de la chaîne de traitement des affaires pénales dans les tribunaux de grande instance. Les gains attendus de ce projet sont évalués à 162 ETPT après achèvement du projet en 2009. La dépense prévisionnelle totale, répartie entre 2001 et 2007, a été actualisée à 45,8 millions d'euros. Les crédits de paiement pour 2006 s'élèvent à 9,2 millions d'euros. Rapport du Sénat n°99 par R. du Luart, du 24 novembre 2005 sur le projet de loi de finance pour 2006.

Disponible sur : <http://www.senat.fr/rap/105-099-315/105-099-315.html> [consulté le 08/07/2007]

<sup>238</sup> La mise en place du système Cassiopée est révolutionnaire au plan fonctionnel. On passe d'une chaîne de systèmes isolés les uns des autres, à un seul et unique système pour l'ensemble des acteurs. Aujourd'hui, au commencement d'une procédure, les données sont une première fois saisies par le service enquêteur, une seconde fois par le parquet au niveau du bureau d'ordre, une troisième fois par la juridiction de jugement et éventuellement une quatrième fois par la juridiction d'appel. Avec Cassiopée, elles feront l'objet d'une seule saisie avec la possibilité de les modifier et/ou d'y ajouter des éléments subséquents à chaque stade de la procédure. Le gain de temps, à tous les échelons de la procédure est très important. En outre, le système est national contrairement au bureau d'ordre actuel qui est seulement compétent pour le ressort de la juridiction. Les dossiers pourront être créés, modifiés, enrichis et consultés sur l'ensemble du territoire national. Par ailleurs, il intègre un dispositif de statistiques pénales plus détaillées et précises permettant de suivre l'évolution d'une cohorte d'affaires au fil de son traitement.

constitue en outre une avancée décisive vers une plus grande liberté de consultation des dossiers pour les avocats de la défense comme de la partie civile.

En ce qui concerne les frais de justice, suite au rapport inquiétant du Sénat relevant une mauvaise maîtrise des dépenses judiciaires<sup>239</sup>, notamment auprès des opérateurs en téléphonie, le législateur s'est montré relativement diligent. Par un arrêté pris le 22 août 2006<sup>240</sup>, il a fixé la tarification applicable aux réquisitions ayant pour objet la production et la fourniture des données de communication par les opérateurs de communications électroniques. Pour les réquisitions en matière d'empreintes ADN, devant l'accroissement des demandes, il a été nécessaire de faire appel à des sous-traitants privés. Ces appels d'offre auprès de laboratoires concurrents ont permis une baisse substantielle du coût moyen du prélèvement ADN<sup>241</sup>. L'encadrement des coûts en téléphonie et en génétique représente une économie substantielle des frais de justice, à laquelle la défense est particulièrement sensible puisqu'elle libère des fonds pour répondre aux demandes d'acte d'investigation.

**484.** Enfin, l'agrégat budgétaire qui profite le plus à la défense, l'aide juridictionnelle, démontre une croissance pluridirectionnelle encourageante. En effet, sur un plan vertical, elle voit son budget s'accroître de plus de 65 % en dix ans, et atteindre 323 millions d'euros en 2007. Sur le terrain, cette croissance se matérialise par une augmentation de 45 % du nombre de missions entre 2000 et 2005. Elle contribue ainsi à renforcer la présence de l'avocat auprès des justiciables impécunieux. Dans le même temps, le montant de l'unité de valeur (UV) de référence a augmenté de 2 % pour atteindre 20,84 euros<sup>242</sup>, ce qui correspond à une croissance annuelle moyenne de 0,33 % en six ans. Cela étant le Ministère de la Justice n'a pas honoré ses engagements de revalorisation annuelle de 5 % du montant de l'UV de référence. Cependant, en 2003, la Chancellerie a procédé à une revalorisation des barèmes des attestations de fin de mission en ce qui concerne 15 procédures judiciaires<sup>243</sup>. Ce réajustement budgétaire associé à l'augmentation du nombre de missions d'aide juridictionnelle a multiplié par 3 le nombre d'UV rétribuées<sup>244</sup>.

La progression de l'aide juridictionnelle n'est pas que verticale. Elle connaît des développements horizontaux très favorables aux droits de la défense. Elle ne se limite plus exclusivement aux phases classiques de la procédure pénale. Au fil des réformes, l'aide juridictionnelle s'est considérablement développée et a fini par investir des champs pénaux émergents<sup>245</sup>, tels que les procédures alternatives aux poursuites et la CRPC en amont du procès, et l'application des peines en aval, et, conquérir de véritables "citadelles" de notre procédure pénale que l'on pensait immuables<sup>246</sup> comme la garde à vue ou le droit disciplinaire

<sup>239</sup> Rapport du Sénat n°216, du 22 février 2006 sur l'enquête de la Cour des comptes sur les frais de justices. Cf. supra n°480.

<sup>240</sup> Arrêté du 22 août 2006, JO du 1<sup>er</sup> septembre 2006. Désormais, l'identification d'un abonné coûte 6,50 euros, la géolocalisation des appels revient à 35 euros et l'identification d'un abonné appelant à partir d'un serveur se réalise sur devis. La renégociation des tarifs en téléphonie à l'origine de cet arrêté a permis à la Chancellerie de réaliser une économie de 40 % sur les coûts habituels.

<sup>241</sup> Le simple prélèvement ADN facturé initialement 350 euros est progressivement descendu à 50 euros le test.

<sup>242</sup> Cf. Circ. du 31 décembre 2005 relative à l'aide juridictionnelle, BOMJ n°101, p.2.

<sup>243</sup> Cf. Circ. du 08 septembre 2003 relative à l'aide juridictionnelle, BOMJ n°91, section 2.

<sup>244</sup> Entre 2000 et 2004, le nombre d'UV est respectivement passé de 3 728 980 à 9 539 885. Cette inflation s'explique à la fois par la revalorisation des barèmes des attestations de fin de mission et l'accroissement en nombre des missions d'aide juridictionnelle. V. Les chiffres clés du CNB en 2005.

Disponible sur : [http://www.cnb.avocat.fr/lettre\\_conseil/LDC-03-2006/chiffres-cles\\_AJ.pdf](http://www.cnb.avocat.fr/lettre_conseil/LDC-03-2006/chiffres-cles_AJ.pdf) [consulté le 08/07/2007]

<sup>245</sup> Cf. Partie 1, Titre 1, Chapitre 1 et 2.

<sup>246</sup> La modernisation de notre droit positif à travers la création de nouvelles procédures telles que les alternatives aux poursuites ou la renaissance de l'application des peines à travers sa juridictionnalisation constituent ses

en prison. Pour preuve, entre 2002 et 2004, le nombre de missions d'assistance auprès des détenus au titre de l'aide juridictionnelle a augmenté de 196 % pour atteindre 21 265 missions en 2004. Sur la même période, le nombre de personnes bénéficiant d'un conseil au titre de l'aide juridictionnelle s'est accru de 29,7 % et représentait 38 % de la cohorte bien que le nombre de personnes placées en garde à vue augmentait de 23,7 %<sup>247</sup>. La multiplication des situations pénales dans lesquelles un conseil s'avère désormais nécessaire, selon les juges européens, les auteurs ou l'opinion publique, conduit inexorablement le législateur à multiplier les champs d'intervention de l'aide juridictionnelle. À ce titre, Mme Ghislaine Desjardin, présidente de la commission accès au droit du Conseil national des barreaux (CNB) fait valoir que de nombreuses missions au titre de l'aide juridictionnelle assumées par les avocats, telles que le débat sur la prolongation de détention, la défense d'un mineur en matière contraventionnelle, l'assistance devant le délégué du procureur, ou l'audience devant la chambre de l'instruction ne sont toujours pas indemnisés<sup>248</sup>.

Par conséquent, l'aide juridictionnelle gagne en densité. Elle se développe horizontalement et verticalement au profit d'une meilleure effectivité des droits de la défense. D'un point de vue plus général, l'accroissement du budget de la justice participe aux progrès et aux développements des droits de la défense et des principes du contradictoire et de l'égalité des armes, même si de nombreuses déficiences budgétaires restent à financer.

## CONCLUSION CHAPITRE 2

**485.** L'examen de notre triptyque à travers l'instrument médiatique et les politiques criminelles et budgétaires démontre une nouvelle fois la relativité des principes et la circonscription des droits. Cependant, il ouvre également une réelle perspective de progression de ces derniers.

Les médias se présentent aujourd'hui plus que jamais comme un tiers intervenant, influant et perturbateur vis-à-vis de notre système pénal, et plus particulièrement des droits de la défense. Ils ne se contentent plus de rendre compte – même subjectivement – à l'opinion publique de la teneur d'un dossier à l'audience. Ils investissent désormais le champ judiciaire en s'arrogeant le droit d'enquêter, de juger et de condamner médiatiquement un mis en cause dans un irrespect total des principes fondamentaux de notre procédure pénale. Au regard des exigences de notre triptyque, il ne peut en être autrement. La nature, la structure et le fonctionnement même des médias ne permettent ni une intégration des principes du contradictoire et de l'égalité des armes, ni leur respect. Dans les affaires médiatiques, leur influence sur les décisions de justice est réelle, actuelle et quotidienne.

---

champs pénaux émergents au sein desquels la garantie de la présence de l'avocat auprès du justiciable grâce à l'aide juridictionnelle, reste relativement naturelle en raison de leur caractère innovant et de leur genèse dans un courant de pensée libérale. En revanche, la même garantie au sein de phases classiques de notre procédure, emprunt de traditions, tel que la garde à vue ou le prétoire, marque l'aboutissement d'une lutte de plusieurs décennies et constitue des progrès substantiels des droits de la défense.

<sup>247</sup> Sur les 472 064 mesures de garde à vue prises par les services d'enquête en 2004, 179 576 personnes gardées à vue ont bénéficié d'un avocat au titre de l'aide juridictionnelle, soit 38 % de la cohorte. V. Criminalité et délinquance constatées en France en 2005. La Documentation française, Éd. 2006, t. 2, p.9 ; V. Les chiffres clés du CNB en 2005.

Disponible sur : [http://www.cnb.avocat.fr/lettre\\_conseil/LDC-03-2006/chiffres-cles\\_AJ.pdf](http://www.cnb.avocat.fr/lettre_conseil/LDC-03-2006/chiffres-cles_AJ.pdf) [consulté le 08/07/2007]

Disponible sur : <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/064000354/0000.pdf> [consulté le 08/07/2007]

<sup>248</sup> V. Avis du Sénat n°104 par Y. Détraigne et S. Sutour, du 24 novembre 2005 sur le projet de loi de finance pour 2006.

Disponible sur : [http://www.senat.fr/rap/a05-104-3/a05-104-3\\_mono.html](http://www.senat.fr/rap/a05-104-3/a05-104-3_mono.html) [consulté le 08/07/2007]

Pour autant, les dérives médiatiques ne représentent pas la contre-partie résiduelle, nécessaire et inéluctable à la liberté de la presse avec laquelle nous devons les concilier. Il est possible de les limiter fortement à défaut de les éliminer. Une application plus étendue et dense des principes du contradictoire et de l'égalité des armes entraînerait une réduction massive des fuites de la part de la défense. Ensuite, il conviendrait de rappeler les devoirs et obligations de chacune des parties vis-à-vis du secret de l'instruction et du devoir de réserve, et surtout d'en tirer toutes les conséquences juridiques le cas échéant, afin de restreindre au maximum les sources judiciaires et policières potentielles.

Toutefois, le seul encadrement des acteurs judiciaires demeurerait insuffisant. Devant l'échec de la presse à s'autoréglementer depuis des décennies, son encadrement dans le traitement des affaires judiciaires se révèle plus que nécessaire. Le but poursuivi n'est nullement d'en censurer l'expression mais uniquement d'en limiter les dévoiements, en observant certaines règles de proportionnalité, d'équité et de réserve. Une telle révolution exigerait une adaptation du *contempt of court* à notre droit positif et une volonté politique hors du commun, donc improbable. En revanche, une évolution progressive de la jurisprudence européenne en ce sens s'avérerait plus réaliste et vraisemblable.

**486.** Les choix de politiques criminelles et budgétaires constituent une variable substantielle aux limites des droits et des principes. Le développement des procédures d'exception en réponse à des préoccupations politiques conjoncturelles pour des infractions déjà connues et sanctionnées suivant les procédures de droit commun, marque un recul des principes et des droits en certaines matières, telles que le terrorisme, la délinquance organisée ou les produits stupéfiants. Fort heureusement, cette régression est relativisée par le nombre marginal de procédures qu'elles concernent. Néanmoins, leur champ d'application tend à s'accroître.

Par ailleurs, les droits et les principes dépendent aussi des moyens structurels et fonctionnels accordés par le législateur au fonctionnement de notre justice, au premier rang desquels figure l'aide juridictionnelle. Elle garantit l'assistance, la représentation et la défense des intérêts des mis en cause indigents. Elle constitue un pilier fondamental à l'application effective des droits et des principes. Si le budget de l'aide juridictionnelle ne cesse de progresser, et le nombre de missions de se multiplier, et de s'adapter aux nouveaux champs pénaux, il n'en demeure pas moins que les moyens engagés demeurent modestes en comparaison des autres systèmes européens. En outre, les carences en personnel et en matériel de l'institution contingentent concrètement certaines manifestations des principes et des droits, telles que la consultation du dossier, sa reproduction ou encore les demandes d'acte.

Entre les politiques criminelles et les choix budgétaires, les principes et les droits disposent d'une marge de progression importante à portée d'exercice, à condition d'en avoir la volonté politique.

## CONCLUSION TITRE 1

**487.** L'étude des contraintes de notre triptyque démontre que les principes sont relatifs et les droits circonscrits. Elle tend surtout à prouver qu'il existe plusieurs manières de procéder pour parvenir à leur développement.

Dans le fonctionnement quotidien de la justice, la confrontation perpétuelle de notre triptyque aux autres sous-systèmes environnants a pour conséquence de modérer l'application des principes du contradictoire et de l'égalité des armes, et de restreindre en proportion les droits de la défense. Qu'il s'agisse des limites internes ou des limites externes, l'étendue et la

densité des principes et des droits varient en fonction de la nature, de l'intensité, et des capacités de développement de ces premières. La multiplicité des relations existantes entre notre triptyque et l'ensemble du système, associée à l'hétérogénéité des éléments qui le compose, forme des réseaux particulièrement complexes – qui justifient *a posteriori* nos difficultés d'appréhension –, où les avancées des uns se traduisent simultanément par le recul des autres. En se fondant sur ces caractéristiques, le développement des principes et des droits est à la fois compliqué et facilité.

Il est compliqué parce qu'il dépend de nombreuses contraintes. Une réforme processuelle isolée en faveur de notre triptyque peut parfaitement demeurer théorique et illusoire. Dans certains cas, il ne suffit pas de prescrire de nouveaux droits de la défense pour voir ceux-ci s'appliquer. Il faut également se donner les moyens de les exercer, en adaptant les ressources en matériel, en personnel et en flux financiers aux besoins exigés par la pratique, ou en garantissant le non-respect des prescriptions par des sanctions dissuasives, mais justes.

Paradoxalement, il est facilité, justement parce qu'il existe d'autres contraintes influentes sur le fonctionnement de notre triptyque et susceptibles d'être modifiées, en dehors de sa propre réforme. Le législateur et/ou les juges peuvent respectivement agir sur les textes et la jurisprudence pour corriger l'ingérence des médias, ou encore réformer le régime juridique des procédures spéciales. La multiplicité et la diversité des contraintes sont autant de sources de réformes que leurs amplitudes d'intensité sont de degrés de variation, libres d'être reconsidérés.

En définitive, l'examen des limites des droits de la défense à travers les principes du contradictoire et de l'égalité des armes nous enseigne que notre triptyque dispose d'une marge de progression relativement importante.



## TITRE 2 De la force des principes à l'intensité des droits

**488.** L'analyse systémique des droits de la défense sous l'angle des principes du contradictoire et de l'égalité des armes démontre un accroissement des premiers, proportionnel à l'intensité des seconds. Elle recense également *a contrario* les carences des droits en fonction des insuffisances des principes. Aussi, les premiers sont-ils garantis par l'exercice des seconds, à condition que ces derniers connaissent une application concrète et effective.

L'examen systémique de notre triptyque présente également des limites, à la fois internes et externes. Par essence, les droits et les principes n'ont pas vocation à s'appliquer de manière absolue. Ils sont relatifs. En outre, ni leur environnement, ni leur mode fonctionnement ne le permettent. Il résulte de cette analyse des seuils en deçà et au-delà desquels les droits et les principes ne peuvent aller. Cette délimitation, fort instructive dans l'appréhension des relations au sein même du système, présente également l'avantage de déterminer le potentiel de renouveau des droits en fonction de la marge de progression des principes.

**489.** En comparant le champ d'application et la densité des principes avec les limites du système, il ressort une marge de progression des premiers avant d'atteindre les secondes. Le principe du contradictoire, comme le principe d'égalité des armes, disposent d'une capacité de développement certes limitée, mais bien réelle. En se basant sur l'influence croissante de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur notre droit positif et sur l'anamnèse des droits de la défense, la problématique du développement des principes se pose moins en termes d'éventualité qu'en termes de temps. L'accroissement des principes du contradictoire et de l'égalité des armes est inexorable. La véritable inconnue reste le temps nécessaire à leur évolution.

Le développement des principes n'est pas sans incidence sur les droits de la défense. L'approche systémique n'offre pas une "*vision monochromatique*" du système. Au contraire, elle permet d'appréhender toute la complexité des relations qui le régissent. Les liens qui unissent les principes et les droits ne sont pas exclusivement unilatéraux. Les premiers ne se contentent pas seulement de garantir les seconds. Parallèlement à ce mouvement principal, l'analyse systémique démontre de manière incidente l'influence des principes sur les droits de la défense. En adoptant une position volontairement prospective, le développement des principes conduit indiscutablement à un renforcement conséquent des droits de la défense existants.

Il se peut même qu'il soit à l'origine d'un renouveau des droits de la défense, en consacrant des droits inédits. Ainsi, l'analyse systémique de notre triptyque révèle l'existence d'un modèle cyclique : les droits sont garantis par des principes qui fondent à leur tour des droits.

**490.** Le renforcement des droits de la défense existants et l'affirmation de nouveaux droits sous l'impulsion des principes du contradictoire et de l'égalité des armes correspondent au constat de carence des droits et des principes durant les phases décisives. Qu'il s'agisse de la période d'investigation policière, de l'orientation des procédures ou de l'instruction des dossiers disciplinaires en matière pénitentiaire<sup>1</sup>, la défense est absente de ces phases stratégiques et déterminantes. Pourquoi ? Faut-il en déduire, que l'exercice des droits et des principes est incompatible avec la recherche de la vérité ? Au contraire, faut-il réfléchir à l'opportunité d'un tel exercice ? Sous quelles conditions ? Dans quelles limites ? Nous avons intentionnellement fait le choix d'envisager l'instauration des principes et des droits dans les phases processuelles qui en sont actuellement démunies afin d'en apprécier toute la pertinence.

**491.** En conséquence, la consolidation du principe du contradictoire d'une part (CHAPITRE 1), et l'affirmation du principe de l'égalité des armes d'autre part (CHAPITRE 2), conduisent à un renouveau des droits de la défense.

---

<sup>1</sup> Nous avons fait le choix discrétionnaire de ne pas traiter le droit de l'exécution de peine sous l'angle de la prospective afin de concentrer notre examen sur la phase de mise en état du procès pénal.

## CHAPITRE 1 – La Consolidation du principe du contradictoire

« Refuser le changement, c'est ne pas voir que, dans un monde qui bouge, la stabilité implique le mouvement et que rester immobile, c'est bien souvent reculer ou en tout cas entrer en déséquilibre ». Mireille Delmas-Marty.

**492.** L'accès au dossier<sup>1</sup> par la défense pendant l'enquête est l'élément primaire fondamental indispensable à la consolidation du principe du contradictoire. Cette demande n'est pas nouvelle ni même innovante. Elle n'en demeure pas moins révolutionnaire<sup>2</sup> et d'une efficacité rare eu égard aux exigences de répression de l'accusation.

L'accès au dossier est une longue et progressive conquête des droits de la défense et du principe du contradictoire sur le caractère secret de notre procédure pénale et les traits inquisitoires de notre système pénal. Aujourd'hui, le conseil et le mis en cause ont le droit de consulter la procédure à partir de l'ouverture d'une information ou après un renvoi devant une juridiction de jugement. L'accès au dossier pendant l'instruction et son ouverture au mis en cause constituent des progrès des droits et du principe, mais ils restent nettement insuffisants. Nombreux sont les auteurs et surtout les avocats pénalistes<sup>3</sup> qui dénoncent l'exclusion en fait et en droit de la défense durant la phase d'enquête policière, période particulièrement décisive durant laquelle les éléments de vérité se fixent et les enjeux se cristallisent.

Au cours de cette période déterminante, non seulement la défense ne dispose pas de moyens d'investigation, même s'il lui arrive de participer tantôt volontairement, tantôt malgré elle, aux recherches. En toute hypothèse, elle ne dispose d'aucune information sur le contenu du dossier.

Avant d'avoir la liberté d'agir ou de contredire une version des faits, n'est-il pas fondamental d'avoir accès loyalement à l'information dans un temps où il est encore possible d'agir ?

**493.** En tenant compte du glissement des enjeux vers la phase policière, donner l'accès du dossier à l'avocat au temps de l'enquête ne reviendrait-il pas finalement à mettre en œuvre la loi Constans de 1897 ?

Conséquences inattendues de la loi Constans, la création de l'enquête officieuse et de la garde à vue permet à l'accusation de pouvoir faire avant, sans la présence de l'avocat, ce qu'elle ne pouvait plus faire une fois le juge d'instruction saisi, à savoir procéder elle-même – par

---

<sup>1</sup> RIBEYRE, Cédric. *La communication du dossier pénal*. Thèse, Grenoble, 2004.

<sup>2</sup> Elle est révolutionnaire au premier sens du terme et historiquement. La reconnaissance textuelle de l'accès au dossier par la défense s'opère pour la première fois durant la période de droit intermédiaire. La Loi des 16-29 septembre 1791 impose la communication de la plainte et de l'état des investigations au mis en cause. PENA, M. *Les droits de la défense dans le « Code des délits et des peines » du 3 Brumaire an IV (25 octobre 1795)*. Droit prospectif, *Revue de la recherche juridique*, 1990-2, pp.349-387 ; DERASSE, Nicolas. *La défense dans le procès criminel sous la révolution et le premier empire (1789-1810) : les mutations d'une fonction et d'une procédure*. Thèse d'histoire du droit, 1998, Lille II.

<sup>3</sup> Cf. infra n°500 et s.

l'intermédiaire des OPJ – aux investigations nécessaires, recenser les preuves à charge et surtout obtenir des aveux. En déplaçant ainsi le centre de gravité des enjeux du débat judiciaire vers l'amont de la procédure, elle entendait garantir son taux d'élucidation dans les enquêtes, en excluant la défense<sup>4</sup> d'une phase cruciale. Depuis, le glissement des compétences d'investigation de l'instruction vers l'enquête n'a cessé de se développer<sup>5</sup>.

Aujourd'hui, la loi du 9 mars 2004 confère aux OPJ des pouvoirs d'enquête renforcés pour lutter contre la criminalité organisée<sup>6</sup> et surtout la délinquance quotidienne de voie publique<sup>7</sup> au point de faire ressurgir une vieille revendication : la disparition du juge d'instruction de notre système judiciaire<sup>8</sup>. « *En effet, l'extension de la notion d'enquête flagrante et de l'enquête préliminaire, l'accroissement des pouvoirs d'investigation de la police et du parquet, sous le contrôle du JLD, vont pouvoir faire aboutir des enquêtes plus longues et plus complexes en évitant de la confier à un juge d'instruction. Les ouvertures d'information pour perquisition ou écoutes téléphoniques n'auront plus lieu d'être* »<sup>9</sup>.

Les statistiques judiciaires confirment cette tendance. Entre 1995 et 2005, le nombre de saisines d'un juge d'instruction dans les affaires poursuivables décroît de 12 000 unités. En dix années, sa représentation dans les poursuites est passée de 8 à 4,8 %<sup>10</sup>. Disposant de pouvoirs d'investigation étendus, le ministère public préfère dorénavant confier aux OPJ – dont ils ont le contrôle – la recherche des indices et des preuves dans un cadre juridique quasi exclusif de toute défense, que d'ouvrir une information auprès d'un magistrat indépendant où cette dernière se montre plus présente et active<sup>11</sup>.

Par ailleurs, la valeur ajoutée que ce magistrat apporte au dossier a tendance à s'amenuiser. « *Pour nombre de parquetiers, la saisine du juge d'instruction est souvent vécue comme une*

---

<sup>4</sup> Cf. supra n°242 et s.

<sup>5</sup> Expl : la loi du 30 décembre 1985, à l'origine de l'article 60 du Code de procédure pénale, précise que « *s'il y a lieu de procéder à des constatations ou à des examens techniques ou scientifiques, l'OPJ a recours à toutes personnes qualifiées* ». La loi du 23 juin 1999 autorise ces techniciens à ouvrir les scellés, à en dresser un inventaire et en faire mention dans leur rapport. Autre exemple du démantèlement des pouvoirs du juge d'instruction : la loi du 15 juin 2000. Elle décharge celui-ci de l'ensemble du contentieux lié à la détention au profit du JLD.

<sup>6</sup> V. Les actes du répertoire ajouté. in **GUINCHARD**, Serge., **BUISSON**, Jacques. *Procédure pénale*. Éd. Litec, 2005, n°757, p.484.

<sup>7</sup> Le nouvel article 53 du Code de procédure pénale prévoit le doublement du délai initial de l'enquête de flagrance, de 8 à 16 jours, en cas d'investigations nécessaires relatives à un crime ou un délit puni d'au moins cinq ans d'emprisonnement. Avec la loi du 09 mars 2004, le législateur poursuit la lente dénaturation de l'enquête préliminaire en multipliant les exceptions portant atteinte à sa nature originellement consensuelle, avec des actes tels que les perquisitions, les interpellations et les réquisitions, exercées nonobstant le consentement de l'intéressé. Elle est également à l'origine de la création d'un fichier judiciaire automatisé des auteurs d'infractions sexuelles (FIJAAS) et de nombreux autres aménagements... V. **SCHWENDENER**, Marc. *Une police aux pouvoirs d'enquête renforcés*. in *Le nouveau procès pénal après la loi Perben II*. (dir.) **DANET**, Jean. Éd. Dalloz 2004, pp.285-293.

<sup>8</sup> V. note de bas de page n°2, in **BOULOC**, Bernard. *Procédure pénale*. Précis Dalloz. 20<sup>e</sup> Éd. 2006, n°644, p.583 ; **ESCAICH**, René. *Réforme ou suppression du juge d'instruction*. Vie jud. du 27 mai 1985, p.8 ; **DELMAS-MARTY**, Mireille. *Rapport sur la mise en état des affaires pénales*. Commission justice pénale et droit de l'homme, La Documentation française, 1991 ; contra, **PRADEL**, Jean. *L'instruction préparatoire*. Éd. Cujas, 1990.

<sup>9</sup> **DALLE**, Hubert. *Juges et procureurs dans la loi Perben II*. in *Le nouveau procès pénal après la loi Perben II*. (dir.) **DANET**, Jean. Éd. Dalloz 2004, p.457.

<sup>10</sup> Annuaire statistique de la justice. La Documentation française, Éd. 2006, p.115.

<sup>11</sup> Dès 1957, les pouvoirs d'investigations des OPJ faisaient l'objet de vives critiques. « *Les libertés individuelles sont méconnues et, au lieu d'être menée par un magistrat impartial et sous le contrôle de l'accusation et de la défense, la recherche des preuves passent aux mains de la police, plus soucieuse de l'efficacité de ses interventions que de protéger ces libertés* ». **MERLE**, Roger., **VITU**, André. *Traité de droit criminel. Procédure pénale*. Cujas, 1957. 1<sup>ère</sup> Éd. n°875.

*contrainte, une perte de temps, un dessaisissement et n'apporte pas souvent de plus-value à la phase préparatoire du procès pénal. Ils ouvrent des informations plus en raison des pouvoirs du juge d'instruction que pour son apport. Dès lors que ces pouvoirs leur seront transférés, il ne sera plus besoin de saisir le juge d'instruction »<sup>12</sup>.*

Cette évolution dégénérative de l'instruction n'est pas sans conséquence sur la défense. Non seulement, 95 % des affaires poursuivables font aujourd'hui l'objet d'une instruction orientée et dirigée exclusivement par l'accusation, mais dans les 5 % de dossiers traités par le juge d'instruction, la part d'investigation à l'initiative de l'accusation reste encore majoritaire. D'après l'avis de praticiens amenés à travailler quotidiennement sur les dossiers correctionnels et d'assises, la prédominance des actes d'investigation de la phase d'enquête sur ceux de l'instruction fait l'unanimité. Lors du renvoi devant les juridictions compétentes, le dossier pénal est constitué à 90 % d'éléments recensés durant la phase policière<sup>13</sup>, phase au cours de laquelle la défense est intentionnellement mise à l'écart.

Aussi, en ayant accès au dossier généralement au moment de l'audiencement ou au mieux, mais à de plus rares occasions, pendant l'instruction, le défenseur n'est pas en mesure d'apprécier à sa juste valeur – voire d'influencer d'une quelconque manière – le dossier, celui-ci étant "verrouillé" à la clôture de l'enquête de police. Il n'est donc pas étonnant de retrouver parmi les plus anciennes revendications du Barreau, l'accès à la procédure, dès l'enquête de police<sup>14</sup>.

**494.** Cette manifestation primaire du principe du contradictoire et des droits de la défense relève du bon sens, mais elle s'oppose aussi aux contraintes idéologiques, processuelles et matérielles de notre droit positif. Un accès inconditionné au dossier de l'enquête par le mis en cause ou son avocat est naturellement inenvisageable, mais tel n'est pas le souhait de la défense. En outre, la communication du dossier pose des difficultés pratiques en termes de personnels, de matériels et de budget dont on ne peut ignorer l'existence.

Néanmoins, le bien fondé de l'accès au dossier (SECTION 1) nous conduit à envisager son application en tenant compte de ces contingences. Aussi sa mise en œuvre en sera nécessairement conditionnée (SECTION 2).

## **Section 1 – Par le bien fondé de l'accès au dossier**

**495.** Sous réserve des conditions d'application et des difficultés d'ordre pratique<sup>15</sup>, l'accès au dossier par l'avocat au temps de l'enquête de police constitue l'élément fondamental à partir duquel les droits de la défense seront non seulement effectifs mais également efficaces. À cette avancée décisive du contradictoire, on oppose le secret de l'instruction. Plus exactement, on entend préserver l'efficacité de l'enquête du risque d'immixtion de la défense dans le dossier. Non démontré dans le meilleur des cas, ou dans une proportion marginale dans le pire des cas, cet argument tend à devenir inopérant.

---

<sup>12</sup> DALLE, Hubert. op. cit.

<sup>13</sup> 41<sup>e</sup> Congrès de l'Association nationale des avocats de France. *Le Barreau face aux problèmes actuels de la justice pénale*. Dalloz, 1969, p.7.

<sup>14</sup> Ibid. idem. p.16-18.

<sup>15</sup> Cf. infra n°508 et s.

L'exemplarité de l'accès au dossier pendant l'instruction en constitue le meilleur contre exemple.

Par ailleurs, le bien fondé de l'accès au dossier peut s'appuyer sur la légitimité grandissante du contradictoire au sein de nos sociétés démocratiques. Consacré au titre de principe directeur du procès au sein de l'article préliminaire de notre Code de procédure pénale, il n'en demeure pas moins contingenté à la phase d'instruction et à l'audience. Le législateur et les praticiens s'obstinent à l'ignorer pendant l'enquête tandis que le droit européen y consent expressément. Au surplus, notre position est isolée parmi les principaux systèmes européens qui reconnaissent expressément à la défense, le droit d'accès au dossier pendant l'enquête.

**496.** Aussi le bien fondé de l'accès au dossier par la défense n'est pas exclusivement démontré par la faiblesse des fondements du secret des investigations (§1). Il repose surtout sur la légitimité croissante du contradictoire (§2).

## § 1 – La faiblesse des fondements du secret de l'instruction <sup>16</sup>

**497.** À l'origine, la notion de secret de l'enquête et de l'instruction repose sur une dualité de fondements (A). Elle se fonde aussi bien sur la préservation de la présomption d'innocence que sur celle de l'efficacité de la répression. Progressivement, la reconnaissance du premier fondement s'est affirmée au détriment du second. L'efficacité de la répression n'est plus actuellement qu'un fondement résiduel du secret de l'enquête, un argument de plus en plus contesté, et jamais démontré (B).

### A – Une dualité de fondements

**498.** La notion de secret au cours de la phase d'enquête et d'instruction connaît une dualité de fondements qui correspond à sa dichotomie sémantique<sup>17</sup>.

Le secret de l'instruction peut tout d'abord s'entendre comme un secret interne, opposable aux parties et spécialement à la personne poursuivie qui ignore alors tout de la conduite des investigations. Dans ce sens, le secret se justifie par des considérations tenant à l'intérêt général. Il s'agit de préserver l'efficacité de l'enquête en évitant que les investigations exigeant une certaine discrétion ne soient portées à la connaissance de celui qui en est l'objet. Il s'agit encore d'assurer la sécurité des témoins, des victimes, voire des enquêteurs eux-mêmes qui pourraient faire l'objet de menaces et de pressions.

Par ailleurs, le secret de l'instruction peut également s'entendre comme un secret externe opposable uniquement aux tiers, aux personnes extérieures à la procédure. Dans cette hypothèse, le secret se justifie par la protection des personnes impliquées. Il s'agit de protéger leur réputation, leur honneur et la présomption d'innocence dont elles doivent bénéficier tant qu'elles n'ont pas été condamnées. En conséquence, le secret de l'instruction se partage entre d'une part, la protection d'un intérêt général contre les ingérences de la personne suspectée, et d'autre part, la protection d'un intérêt particulier, celui de la personne suspectée contre les ingérences de la société. Cependant, ces fondements ne sont plus équivalents aujourd'hui.

---

<sup>16</sup> Pour des raisons purement formelles, le "secret de l'instruction" s'entend au sens de l'article 11 du C. pr. pén., à savoir le secret des investigations au cours de l'enquête et de l'instruction.

<sup>17</sup> **DESPORTES**, Frédéric. *Le secret de l'instruction*. J-Cl. Procédure pénale, 1998, Art. 11, n°6-20.

**499.** L'évolution historique du secret de l'instruction<sup>18</sup> démontre qu'il est passé d'une affirmation d'un secret total sous l'Ancien régime à un secret essentiellement externe aujourd'hui.

Sous l'Ancien régime, des textes<sup>19</sup> prescrivent – sans distinction – les deux significations du secret de l'instruction pendant plusieurs siècles, avant que les constituants ne le suppriment dans ses deux aspects au moment de la Révolution. Pour la première fois – mais pour une durée très courte –, l'enquête et l'information sont publiques et contradictoires<sup>20</sup>. Sous l'empire du Code d'instruction criminelle, la conception absolue du secret réapparaît. Très rapidement, la Cour de cassation déduit à nouveau de dispositions éparses que le secret s'impose dans tous ses aspects<sup>21</sup>. Il faut attendre la loi Constans du 8 décembre 1897 « *pour que le secret dans son aspect le plus archaïque – le secret interne – commence à se dissoudre* »<sup>22</sup>. L'entrée de l'avocat dans le cabinet du juge d'instruction et l'accès à la procédure remettent gravement en cause ce fondement. La combinaison des articles 11 et 114 du Code de procédure pénale fait dire aux auteurs que le secret interne ne connaît plus qu'une manifestation résiduelle au stade de l'enquête<sup>23</sup>.

A *contrario*, la genèse de l'article 11 dudit Code tend à démontrer que le secret est essentiellement fondé en protection de la présomption d'innocence contre les ingérences de la presse. Absent du Code d'instruction criminelle<sup>24</sup> et du projet gouvernemental de Code de procédure pénale de 1957, le secret de l'instruction fait seulement son apparition au cours des travaux parlementaires en raison du traitement médiatique d'un fait divers. À l'époque pour justifier son amendement, le rapporteur déclare que : « *la liberté d'information ne doit pas franchir certaines limites, comme le fait s'est produit récemment à l'occasion d'un crime odieux où nous avons vu les services de la Radiotélévision procéder à une émission scandaleuse qui avait particulièrement ému votre Commission au moment où elle a examiné ce grave problème* »<sup>25</sup>.

Aujourd'hui, non seulement le secret de l'instruction est principalement fondé sur son aspect externe<sup>26</sup>, mais son fondement interne est contestable, et de plus en plus contesté.

<sup>18</sup> LAINGUI, André. **LEBIGRE**, Arlette. *Histoire du droit pénal. 2. La procédure criminelle*. Cujas, 1988 ; **DESPORTES**, Frédéric. op. cit. n°8-14 ; **GRANIER**, Jean. *L'article 11 du Code de procédure pénale*. JCP 1958, I, 1453, n°10 et s.

<sup>19</sup> Cf. Ord. mars 1498, art. 110 ; Ord. août 1536, art. 37. En 1771, Jousse, conseiller au présidial d'Orléans, écrivait encore qu'il fallait « *prendre garde que le secret des informations ne soit jamais révélé, ce secret étant absolument essentiel pour la découverte et la punition des crimes* » in *Traité de la justice criminelle en France*, t. I, p.392, n°669.

<sup>20</sup> Cf. Loi des 16 et 29 septembre 1791, titre IV, art. 15 ; Code du 3 Brumaire an IV, art. 115 et 116 ; Loi du 7 Pluviose an X, art. 10.

<sup>21</sup> V. Cass. crim. 19 mai 1827, Bull. crim. n°120 ; Cass. crim. 06 janvier 1893, DP 1893, I, p.102. S. 1893, I, p.105.

<sup>22</sup> **DESPORTES**, Frédéric. op. cit. n°13.

<sup>23</sup> Selon Jean BROUCHOT, président de chambre à la Cour de cassation et membre de la Commission d'étude pénale à l'origine du Code de procédure pénale, « *il résulte clairement de l'ensemble des dispositions du Code de procédure pénale, que ses auteurs sans prétendre transformer la procédure d'information française en une procédure de type accusatoire, ont eu l'intention de lui donner un caractère nettement contradictoire, d'y associer les parties et les placer sur un pied d'égalité avec le ministère public* ». **BROUCHOT**, Jean. *La chambre d'accusation*. JCP, I, 1485, n°9 ; **DESPORTES**, Frédéric. op. cit. n°61 ; **POUPON**, Jean-Pierre. *De la contradiction dans l'instruction préparatoire*. Thèse ronéo, Paris, 1973.

<sup>24</sup> Cependant, il fait l'objet de circulaires de la part de la Chancellerie. Cf. Circ. du 12 octobre 1949 et du 22 août 1950.

<sup>25</sup> JOAN 1957, p.2798.

<sup>26</sup> **AUVRET**, Patrick. *Le journaliste, le juge et l'innocent*. Rev. sc. crim. 1996, p.625 ; **COHEN**, Claude. *De la présomption d'innocence au secret de l'instruction : la double impasse*. Gaz. Pal. 1995, chron. p.951 ; **MAYER**,

## B – Une inefficacité de la répression non démontrée

**500.** Le secret des investigations au temps de l'enquête est contesté à plusieurs niveaux.

En premier lieu, au plan légal, l'article 11 du Code de procédure pénale ne s'oppose pas juridiquement à ce que la défense ait accès à la procédure dès l'enquête. C'est l'interprétation qui en est faite depuis des décennies par la doctrine<sup>27</sup> et les praticiens qui prohibe une telle manifestation du contradictoire. En effet, l'article 11 pose le principe du secret de l'enquête et de l'instruction *erga omnes* mais « *sans préjudice des droits de la défense* »<sup>28</sup>. Les droits de la défense constituent une exception au caractère secret de la procédure. L'accès à la procédure est indiscutablement un droit de la défense. Pourtant, s'il est considéré ainsi pendant l'instruction et à l'audience de jugement par la doctrine et les praticiens, ces mêmes personnes ne lui accordent plus cette qualité exonératoire durant l'enquête. Cette position, difficilement défendable au plan juridique, se veut avant tout dogmatique, en conservant à l'enquête toute son efficacité<sup>29</sup>.

En second lieu, le caractère secret de l'enquête à l'égard de l'avocat du gardé à vue est remis en cause par l'opinion publique, diverses Associations<sup>30</sup>, une grande partie des avocats<sup>31</sup>, le Conseil National des Barreaux<sup>32</sup>, la Conférence des Bâtonniers<sup>33</sup>, la Fédération nationale des

---

Danièle. *L'information du public par la presse sur les affaires en cours d'instruction*. D. 1995, chron. p.80. Contra. **DIVIER**, Pierre-François. *L'instruction pénale française à l'épreuve du procès équitable européen*. D. 2004, chron. p.2948. L'auteur se prononce en faveur de la publicité de l'instruction afin de garantir l'effectivité des ouvertures d'information sur constitution de partie civile.

<sup>27</sup> **BESSON**, Antonin. *Le secret de la procédure pénale et ses incidences*. D. 1959, chron. 191 ; **GRANIER**, Joseph. *L'article 11 du Code de procédure pénale*. JCP 1958, I, 1453. **LARGUIER**, Jean. *Le secret de l'instruction et l'article 11 CPP*. Rev. sc. crim. 1959, p.313 ; **DUPUY**, Richard. *Le secret de l'instruction*. Gaz. Pal. 1978, 2, chron. 379.

<sup>28</sup> « *Le texte primitif de l'article 11 n'exceptait du domaine du secret que les cas où la loi en dispose autrement. Certaines inquiétudes exprimées lors des débats parlementaires ont abouti à ajouté une seconde exception : celle qui tient au respect des droits de la défense*. **LARGUIER**, Jean. *Le secret de l'instruction et l'article 11 du Code de procédure pénale*. Rev. sc. crim. 1959, p.319.

<sup>29</sup> Cf. infra n°501.

<sup>30</sup> La ligue des droits de l'homme (LDH), l'association européenne pour la défense des droits de l'homme (AEDH), l'association française de criminologie (AFC).

<sup>31</sup> V. Les auditions de V. Delmas, P. Conil, A. Guidi, F. Natali. in Rapport de l'Assemblée nationale n°3125 par P. Houillon du 06 juin 2006 au nom de la Commission d'enquête dans l'affaire dite d'Outreau, t.2, p.1511 et s. V. également la critique de A. Damien sur le secret de l'instruction. Gaz. Pal. 1995, jurisp., p.180.

Disponible sur : <http://www.assemblee-nationale.fr/12/rap-enq/r3125-t2.asp> [consulté le 08/07/2007]

<sup>32</sup> V. Rapport du CNB du 25 avril 1998 sur la réforme de la procédure pénale ; Les état généraux de la justice pénale « procédure pénale : dysfonctionnement et remèdes » Actes du Colloque du 06 avril 2006 organisé par le CNB, pp.7-21 ; Synthèse des propositions de modifications immédiates du code de procédure pénale.

Disponible sur : [http://www.cnb.avocat.fr/PDF/1998-04-25\\_Reforme\\_Procedure\\_Penale.pdf](http://www.cnb.avocat.fr/PDF/1998-04-25_Reforme_Procedure_Penale.pdf) [consulté le 08/07/2007]

Disponible sur : <http://www.cnb.avocat.fr/PDF/colloques/EGJP2006.pdf> [consulté le 08/07/2007]

Disponible sur : [http://www.cnb.avocat.fr/PDF/2006-04-10\\_synthese.pdf](http://www.cnb.avocat.fr/PDF/2006-04-10_synthese.pdf) [consulté le 08/07/2007]

<sup>33</sup> « *Il convient donc que le mis en cause, dès son interpellation et quelque soit le crime ou le délit qui lui est reproché, soit assisté de son conseil et que surtout, celui-ci ait à sa disposition le dossier d'enquête complet* ». in Réflexions et propositions sur l'enquête et la garde à vue. Pénal info n°11 de mars 2006.

Disponible sur : <http://www.conferencedesbatonniers.com/presentation/presentation.php> [consulté le 08/07/2007]



jeunes avocats<sup>34</sup>, le Syndicat des Avocats de France<sup>35</sup>, un syndicat de magistrats<sup>36</sup> et une partie des politiques. Dans son rapport d'enquête<sup>37</sup> sur l'affaire d'Outreau, la Commission parlementaire préconise un libre accès au dossier de la procédure pour le conseil du mis en cause, à l'image des autres systèmes judiciaires européens. En effet, la position française est relativement isolée par rapport au panorama européen qui reconnaît à la partie poursuivie et à son conseil, dans sa grande majorité, un libre accès à la procédure dès la phase d'enquête<sup>38</sup>.

À l'exception du Garde des Sceaux<sup>39</sup> et du président de la Conférence des Procureurs généraux<sup>40</sup> qui s'opposent respectivement à cette manifestation du contradictoire, en raison du changement de nature de la garde à vue d'une part, et au nom de l'efficacité de l'enquête, d'autre part, il n'en demeure pas moins que le plus haut magistrat de France et un syndicat de police<sup>41</sup> l'envisagent seulement dans l'hypothèse d'une disparition du juge d'instruction. Or, ne sommes-nous pas déjà dans cette configuration lorsque 95 % des procédures traitées par notre système pénal échappent au juge d'instruction ?

Enfin et surtout, le caractère secret de l'enquête est contesté quant à son fondement : l'efficacité de la répression.

**501.** Le risque d'inefficacité des enquêtes se présente comme l'argument décisif, le garde-fou imparable contre la communication du dossier à la défense dès la phase policière<sup>42</sup>. Pour les partisans du secret, il ne fait aucun doute que l'accès de la défense au dossier pénal pendant l'enquête constitue un risque de fuite, de pression sur les témoins, de disparition des preuves, donc une forte propension à paralyser les investigations des enquêteurs.

---

<sup>34</sup> « Il faut réformer rapidement la garde à vue et prévoir l'assistance d'un avocat ayant accès au dossier » A. Guidi, président du FNJA. in Rapport de l'Assemblée nationale n°3125 par P. Houillon du 06 juin 2006 au nom de la Commission d'enquête dans l'affaire dite d'Outreau, t.2, p.1513.

<sup>35</sup> « L'avocat doit être présent pendant toute la garde à vue et son accès au dossier doit être garanti ». Audition de P. Conil, président du SAF. Ibid. idem. p.1516.

V. Journée de formation sur l'intervention de l'avocat en procédure pénale, entre secret professionnel, secret de l'instruction et obligation de dénonciation.

Disponible sur : <http://www.lesaf.org/> [consulté le 08/07/2007]

<sup>36</sup> Suite au projet de Loi AN n°3393 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale, issue de la Commission d'enquête sur l'affaire d'Outreau, le syndicat de la magistrature considère celui-ci très insuffisant, notamment sur le renforcement du rôle de l'avocat en garde à vue. « Nous souhaitons vraiment, au Syndicat de la magistrature, que l'avocat soit présent dès la première heure de la garde à vue, ait accès au dossier, assiste à tous les actes, à toutes les confrontations ou perquisitions ».

Disponible sur : <http://www.syndicat-magistrature.org/> [consulté le 08/07/2007]

<sup>37</sup> « Afin de parvenir à un équilibre entre la nécessité de garantir l'efficacité des enquêtes policières et le renforcement des droits de la personne placée en garde à vue, et donc privée de liberté, l'avocat de l'intéressée aurait accès au dossier de la procédure et pourrait assister aux interrogatoires de son client à l'issue des premières vingt-quatre heures ». in Rapport de l'Assemblée nationale n°3125 par P. Houillon du 06 juin 2006 au nom de la Commission d'enquête dans l'affaire dite d'Outreau, t.1 p.313.

<sup>38</sup> Cf. infra n°506.

<sup>39</sup> Audition de P. Clément. in Rapport de l'Assemblée nationale n°3125 par P. Houillon du 06 juin 2006 au nom de la Commission d'enquête dans l'affaire dite d'Outreau, t.2, p.1655.

<sup>40</sup> Audition de A. Ride. Président de la Conférence des procureurs. Ibid. idem. p.1461.

<sup>41</sup> Audition de G. Canivet. Premier président de la Cour de cassation. Ibid. idem. p.1607 ; Audition de O. Damien (SCHFPN). ibid. idem. pp.1291-1298.

<sup>42</sup> « Vous avez arrêté la position qui prévaut actuellement en prenant en considération tous les éléments, qui se résument à un seul : l'efficacité de l'enquête. Faudrait-il, à l'occasion de l'affaire d'Outreau, revoir l'ensemble de cette architecture et le point d'équilibre auquel nous sommes aujourd'hui parvenus ? La Conférence des procureurs généraux n'a pas ce sentiment ». C'est la position défendue par le président de la Conférence des procureurs, A. Ride. ibid. idem. p.1462.

Disponible sur : <http://www.assemblee-nationale.fr/12/rap-enq/r3125-t2.asp> [consulté le 08/07/2007]

Ce risque d'inefficacité n'est pas nouveau. Déjà, en 1897, lorsque l'avocat a eu accès pour la première fois à la procédure d'instruction, certains auteurs<sup>43</sup> ont développé les mêmes thèses alarmistes dans une théorie sur le désarmement du juge d'instruction<sup>44</sup>. En 1956, l'obligation imposée au juge de communiquer sa procédure à la défense était considérée par les hauts magistrats comme « *la plus déraisonnable des inventions de la loi de 1897* »<sup>45</sup>.

Aujourd'hui encore, une partie de ces propos subsiste dans des ouvrages – relativement récents – de procédure pénale où l'on peut lire que « *l'accès à la procédure constitue une faveur faite au seul avocat et non à la personne mise en examen* »<sup>46</sup> ou que « *le juge peut cacher le dossier aux avocats que jusqu'au quatrième jour précédant le premier interrogatoire* »<sup>47</sup>. Un siècle après l'ouverture du cabinet d'instruction au principe du contradictoire, il est pour le moins curieux de maintenir dans l'imaginaire du justiciable cette atmosphère de défiance du juge à l'égard de la consultation du dossier par l'avocat de la défense alors qu'elle s'inscrit parfaitement dans une pratique quotidienne acceptée de tous<sup>48</sup>. Aussi, lorsque la Cour de cassation<sup>49</sup> puis le législateur<sup>50</sup> se sont prononcés en faveur de l'ouverture du droit d'accès à la procédure à l'égard du mis en examen, les mêmes thèses ont resurgi.

Pourtant, il n'a pas été constaté de dérives particulières liées à la communication du dossier pendant ces périodes, ni de la part des praticiens, ni de celle des auteurs. Et si cela avait été le cas, il ne fait aucun doute qu'ils se seraient appuyés sur ces dévoiements pour illustrer leur propos. En réalité, le risque d'inefficacité des enquêtes n'est pas aussi important qu'ils le prétendent. En fait, il est marginal.

Le risque est tout d'abord limité du fait de son champ d'application restreint. L'accès à la procédure est circonscrit aux seules affaires d'instruction, qui représentaient en 2004 une cohorte de seulement 5 % des affaires poursuivies par le parquet<sup>51</sup>. Ensuite, le droit d'accès à la procédure est réglementé. Seul l'avocat est habilité à consulter le dossier selon des règles édictées à l'article 114 du Code de procédure pénale. Pour le justiciable, la communication des pièces de son dossier est soumise au contrôle et à l'autorisation d'un juge impartial et

---

<sup>43</sup> HUGUENEY, Louis. *Les droits de la défense devant le juge d'instruction*. Rev. sc. crim. 1952, p.195 ; COLOMBINI, Albert. *Considérations sur le projet de Code d'instruction criminelle*. JCP 1950, I, 854 ; PATIN, Maurice. *Chronique de jurisprudence*. Rev. sc. crim. 1947, p.237 ; THOMAS-CHEVALLIER, Arnaud. *L'avocat et le juge d'instruction*. Thèse, Nancy, 1978.

<sup>44</sup> « *Le conseil jouerait un rôle néfaste : connaissant les éléments du dossier, prévoyant les "attaques du juge", il élaborerait plus aisément un système de défense empêchant toute surprise ; parfois même il encouragerait le délinquant à nier l'évidence et à rétracter les aveux déjà faits à la police* ». MERLE, Roger., VITU, André. *Traité de droit criminel. Procédure pénale*. Cujas, 1979. 5<sup>e</sup> Éd. 2001, n°515 ; VOUIN, Robert. *Le projet de réforme du Code d'instruction*. D. 1950, chron. p.38.

<sup>45</sup> MIMIN, Pierre. *Recherche de la vérité. Considération sur le projet de Code de procédure pénale*. D. 1956, chron. p.142 ; DONNEDIEU de VABRES, Henri. *La réforme de l'instruction préparatoire*. Rev. sc. crim. 1949, pp.502-505.

<sup>46</sup> MERLE, Roger., VITU, André. op. cit. n°515.

<sup>47</sup> PRADEL, Jean. *Procédure pénale*. Cujas, 9<sup>e</sup> Éd. 1997, n°466.

<sup>48</sup> L'article 81 al. 2 du Code de procédure pénale précise qu'il « *est établi une copie de ces actes ainsi que de toutes les pièces de la procédure ; chaque copie est certifiée conforme par le greffier* ». En pratique, la copie est essentiellement destinée à la consultation du dossier par le ministère public et les autres parties alors que l'original reste à la discrétion du magistrat instructeur. En outre, avec le développement de la reprographie, les copies de dossier se sont multipliées.

<sup>49</sup> Cass. crim. 12 juin 1996, Bull. crim. n°248 ; FERRARI, Isabelle. *L'accès au dossier avant jugement par le prévenu non assisté*. Dr. pénal 1997, chron. n°1, p.4 ; COTTE, Bruno. *Conclusions*. Dr. pénal 1997, chron. n°4.

<sup>50</sup> Loi n° 96-1235 du 30 décembre 1996, JO du 1 janvier 1997, p.9 ; Décret n°97-180 du 27 février 1997, JO du 2 mars 1997 p.3375.

<sup>51</sup> Annuaire statistique de la justice. La Documentation française, Éd. 2006, p.109.

indépendant. Et dans l'hypothèse d'une transgression, le législateur a prévu une sanction<sup>52</sup>. Enfin, les demandes de copie de dossier de la part du mis en examen dans la pratique restent marginales. L'accès à la procédure se réalise principalement par l'intermédiaire de l'avocat, auxiliaire de justice doté d'une éthique et d'une conscience professionnelle, et garde-fou jusqu'à aujourd'hui particulièrement efficace contre ces dérives présumées. Pourquoi en serait-il autrement durant la phase policière ?

Sauf à considérer que le fait d'informer le mis en cause des éléments du dossier empêche le recours à des moyens déloyaux d'obtenir des déclarations<sup>53</sup>, l'encadrement raisonné de cet accès n'est pas en mesure de nuire à l'efficacité de la répression policière. Bien au contraire, la consultation de la procédure en l'état par un avocat revient certes à contrôler – et éventuellement à parfaire celle-ci avec des demandes d'investigation – mais également à valider les actes de l'enquête de police<sup>54</sup>.

Par ailleurs, il n'a jamais été démontré dans une étude sérieuse, objective et scientifiquement fondée que l'accès à la procédure par la défense entraîne une quelconque inefficacité sur les enquêtes policières. Pour s'en convaincre, il suffit de noter avec quel étonnement les parlementaires, les magistrats et les auteurs des différents pays d'Europe réagissent lorsqu'ils prennent connaissance de notre procédure pénale, notamment dans sa phase policière<sup>55</sup>.

Par conséquent, l'argument selon lequel l'accès au dossier risque de paralyser l'efficacité des enquêtes de police n'est pas prouvé, contrairement à la légitimité du contradictoire.

## § 2 – Face à la légitimité du contradictoire

**502.** Se poser la question de la légitimité du contradictoire en l'espèce revient à démontrer la justification du droit d'accès au dossier pendant l'enquête, et incidemment, à envisager concrètement son application. La légitimité du contradictoire constitue la base fondamentale du droit d'accès au dossier. Selon le dictionnaire de culture juridique<sup>56</sup>, il est permis d'apprécier sa légitimité selon deux points de vue complémentaires : sous un angle légaliste (A) puis sous un angle social et empirique (B).

### A – Une légitimité légaliste

**503.** Actuellement, l'accès au dossier par l'avocat est légitime dans le sens légaliste du terme. Cette affirmation s'appuie sur les travaux de recherche de M. Weber<sup>57</sup> et H.

---

<sup>52</sup> « Sous réserve des dispositions du sixième alinéa de l'article 114, le fait, pour une partie à qui une reproduction des pièces ou actes d'une procédure d'instruction a été remise en application de cet article, de la diffuser auprès d'un tiers est puni de 3750 euros d'amende ». Art. 114-1 du C. pr. pén.

<sup>53</sup> Cf. supra n°267 sur les techniques d'interrogatoire.

<sup>54</sup> Cf. infra Chapitre 2.

<sup>55</sup> Ouvrage Collectif. Un écroulement des dogmes en procédure pénale ? Colloque international d'Aix-en-Provence, les 9 et 10 juin 1997. RIDP Vol 68, n°1 et 2 ; ARMAGNAC, Henri., BLUCHE, Olivier., CHABERT, Benoît., et al. *Le système espagnol de la garde à vue*. Gaz. Pal. du 23 avril 1994, p.491.

<sup>56</sup> ALLAND, Denis., RIALS, Stéphane. (dir.) *Dictionnaire de la culture juridique*. PUF, 2003, p.929.

<sup>57</sup> « La forme aujourd'hui la plus suivie de légitimité, c'est la croyance en la légalité, c'est-à-dire la disposition à obéir à des prescriptions formellement correctes et établies dans la manière habituelle ». WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft : Grundriss der verstehenden Soziologie*. Coll. L'idée de légitimité, PUF, 1967.

Kelsen<sup>58</sup>, selon lesquels la légitimité d'un acte juridique ou d'un comportement s'apprécie au regard de sa conformité, dans un système donné, à la règle ou à la loi en vigueur.

En l'espèce, le droit d'accès au dossier est reconnu à la fois au niveau national et européen, tant au plan textuel<sup>59</sup> que jurisprudentiel<sup>60</sup>. Seulement, en droit interne, cette légitimité s'arrête à la phase d'instruction. Aussi, la question de l'accès à la procédure ne s'envisage pas en termes d'existence. Elle se pose en revanche davantage sur le moment de sa mise en œuvre. Au plan national, il n'existe aucun doute sur le fait que celle-ci est proscrite de l'enquête tant par la pratique séculaire de la police que par la jurisprudence traditionnelle de la Cour de cassation.

**504.** Au plan européen, la position n'est pas aussi tranchée, ni par les textes ni par la jurisprudence. L'exégèse de la combinaison des articles 6 § 3 a) et b) de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>61</sup> n'exclut pas l'accès au dossier par l'avocat au temps de l'enquête.

Sur l'article 6 § 3 a), par « *nature et cause de l'accusation* », il faut comprendre qu'il s'agit en droit interne de la qualification juridique de l'accusation et des faits matériels que l'on reproche à l'accusé. Lorsque la Cour précise que l'accusé doit « *être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée* », pour les auteurs<sup>62</sup>, il s'agit de données circonstancielles, que les organes de la Convention doivent apprécier dans chaque espèce. En ce qui concerne l'article 6 § 3 b), « *disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense* » signifie qu'il s'agit de savoir si dans les circonstances de la cause, la défense pénale n'a pas été privée, substantiellement, d'une part de ses chances<sup>63</sup>. Comme se plaît à le rappeler la Commission, le droit d'information s'apprécie « *à la lumière du droit pour l'accusé de préparer sa défense, compte tenu du lien entre le 3a) et le 3b) de l'article 6 § 3* »<sup>64</sup>.

Par conséquent, la Convention européenne des droits de l'homme ne donne aucune indication précise sur la phase processuelle au cours de laquelle l'accès au dossier doit s'exercer. Elle se garde bien d'un tel degré de précision<sup>65</sup>, elle préfère se fonder sur des définitions plus larges afin de laisser à la Cour toute latitude pour en apprécier concrètement le contenu à l'aide de critères pragmatiques.

Du côté de la Cour, si on recense seulement dix arrêts qui répondent au critère de recherche intitulé « accès au dossier », sa jurisprudence n'en demeure pas moins très explicite et

---

<sup>58</sup> **KELSEN**, Hans. *Théorie pure du droit*. Paris, 1934.

<sup>59</sup> Art. 114 al.3 du C. pr. Pén ; Combinaison des articles 6 § 3 a) et b) de la Convention européenne des droits de l'homme.

<sup>60</sup> Cass. crim. 12 juin 1996, Bull. crim. n°248 ; Cass. crim. 02 octobre 1996, Bull. crim. n°343 ; Cass. crim. 22 janvier 2002, Pourvoi n° 00-82-215 ; CEDH du 19 décembre 1989, Aff. *Kamasinski* c/Autriche, req. n°9783/82, § 87 ; CEDH du 18 mars 1997, Aff. *Foucher* c/France, req. n°22209/93, § 36.

<sup>61</sup> Il dispose que « *Tout accusé a le droit d'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* » et il a le droit de « *disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense* ».

<sup>62</sup> **PETTITI**, Louis-Edmond., **DECAUX**, Emmanuel., **IMBERT**, Pierre-Henri. *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*. Economica, 2<sup>nd</sup> Éd. 1999, p.273.

<sup>63</sup> **PETTITI**, Louis-Edmond., **DECAUX**, Emmanuel., **IMBERT**, Pierre-Henri. loc. cit.

<sup>64</sup> Requête n°524/59, décision de la Commission du 19 décembre 1960, DR 5, p.1.

<sup>65</sup> Si la convention précisait objectivement une phase, elle établirait une dichotomie entre les États européens, entre ceux qui rentreraient dans le critère et les autres. Elle contribuerait certainement à une uniformisation des droits européens mais la philosophie de la Convention tend moins vers une universalité des droits que vers une harmonisation de systèmes pénaux très différents prenant en compte les spécificités de chacun. Au surplus, la Cour perdrait cette liberté d'appréciation pragmatique et circonstanciée qui la caractérise.

pragmatique lorsqu'elle rappelle que « *les garanties de l'article 6 s'appliquent à l'ensemble de la procédure, y compris aux phases de l'information préliminaire et de l'instruction judiciaire, mais seulement dans la mesure où leur inobservation initiale risque de compromettre gravement le caractère équitable du procès* »<sup>66</sup>.

Est-ce que l'interdiction d'accès à la procédure durant l'enquête compromet gravement le caractère équitable du procès ? La question mérite d'être posée en droit interne. Vu l'importance stratégique et probatoire que revêt de plus en plus la phase d'enquête par rapport aux phases juridictionnelles, et en parallèle, les déficiences des principes du contradictoire et de l'égalité des armes que cumule la défense à ce même stade<sup>67</sup>, il n'est pas exclu que la Cour entre en condamnation contre l'État français au motif que l'accès au dossier par la défense avant l'audience est trop tardif pour lui permettre d'agir en temps utile. Pour s'en convaincre, il suffit de relever le caractère très exceptionnel des renvois à l'audience après une demande de supplément d'information<sup>68</sup>. Ils sont peu sollicités par la défense parce que trop rarement accordée par la juridiction compétente et parce qu'au moment de l'audience, il est généralement trop tard pour intervenir sur le dossier.

## B – Une légitimité sociale et empirique

**505.** L'accès au dossier par l'avocat est également légitime dans le sens où il s'inscrit dans un système de valeurs sociales empiriques, inspiré du courant factualiste<sup>69</sup>, défini par les travaux de recherche de N. Bobbio<sup>70</sup> et H. Hart<sup>71</sup>.

L'accès au dossier pendant l'enquête est légitime parce que le droit naturel, le sens du juste et de l'équité le commandent. Dès l'instant où une personne est retenue contre sa volonté sur la base d'une incrimination fondée sur des éléments probatoires, il est juste et équitable d'informer cette personne non seulement des faits qui lui sont reprochés, mais également des preuves qui permettent de l'affirmer. La connaissance de la qualification pénale des faits et des preuves matérielles retenues ne constitue-t-elle pas une légitime contrepartie à la restriction de la liberté d'aller et venir ?

Sur le plan de l'équité, cette manifestation du contradictoire est raisonnable et proportionnée. Le fait d'informer le mis en cause, au temps de la garde à vue ou devant la juridiction de jugement, ne modifie en rien la teneur des preuves inscrites au dossier. En revanche, il constitue manifestement une perte de chance pour la défense de pouvoir en apprécier le contenu, en donner une version différente de l'accusation avec une possibilité de le démontrer à travers de nouvelles investigations dans un temps où l'admissibilité des preuves est encore opportune, pertinente et aisément réalisable.

Accessoirement, il contribue également à garantir le citoyen de toute arrestation arbitraire – en sus de la protection réalisée par le contrôle judiciaire – en contraignant la police à se

<sup>66</sup> CEDH du 27 avril 2006, Aff. *Horomidis* c/Grèce, req. n°9874/04, § 34 ; CEDH du 24 novembre 1993, Aff. *Imbrioscia* c/Suisse, req. n°13972/88, § 36.

<sup>67</sup> Cf. supra Partie 1, Titre 2.

<sup>68</sup> Art. 283, 463 et 538 du C. pr. pén.

<sup>69</sup> ALLAND, Denis., RIALS, Stéphane. (dir.) *Dictionnaire de la culture juridique*. PUF, 2003, p.929.

<sup>70</sup> « *La légitimité juridique est irréductible au déclenchement d'une mécanique logique, muette et sans jugement de valeur* ». BOBBIO, Norberto. *Teoria della norma giuridica*. Turin 1958.

<sup>71</sup> « *Il y a en toute norme une composante générale et abstraite liée à la forme logique du droit et une composante particulière et concrète qui tient à son contenu réel* ». HART, Herbert. *The concept of the law*. 1961.

justifier légalement et sur des indices probants. Il ne fait aucun doute qu'une telle obligation limiterait la pratique des gardes à vue de confort<sup>72</sup>.

Enfin et surtout, avec la présence d'un conseil durant la phase policière<sup>73</sup>, l'accès à la procédure constitue le socle minimal indispensable à l'efficacité des droits de la défense. La connaissance pendant l'enquête des preuves, des indices et des témoignages à charge comme à décharge est la clé de voûte pour permettre au mis en cause de présenter une défense pertinente, argumentée et en adéquation avec le dossier. Le fait que les avocats italiens, qui assistent à la garde à vue et peuvent mener leurs propres investigations, se plaignent d'un déséquilibre – comme leur homologue français – du fait de ne pas avoir accès au dossier avant l'instruction, est une illustration du caractère fondamental de cette manifestation du contradictoire au sein du procès pénal<sup>74</sup>.

L'accès au dossier par l'avocat pendant l'enquête est la garantie d'une défense efficace, son but étant moins de contester systématiquement les éléments de preuve que d'adapter celle-ci aux éléments du dossier. Il est utile de rappeler, que l'avocat est un auxiliaire de justice qui conseille le mis en cause aux mieux de ses intérêts, et qu'il n'est pas rare que ces derniers soient convergents avec ceux de la police. Lorsque la procédure est respectée, les preuves suffisamment probantes et concordantes pour renvoyer le mis en cause devant la juridiction de jugement, l'avocat, en collaboration avec l'intéressé, construit généralement une stratégie de défense tendant à reconnaître et expliquer les faits. En pratique, les avocats ont parfaitement intégré le faible "rendement judiciaire" à long terme d'une stratégie exclusivement fondée sur le déni ou la contestation systématique du dossier.

**506.** « *Il n'est pas normal que des enquêtes préliminaires ou sur commission rogatoire durent des mois, sinon des années, sans que les suspects ne puissent présenter une défense sur les éléments déjà collectés à leur rencontre* »<sup>75</sup>. La possibilité laissée aux OPJ d'altérer le contenu du dossier pendant les interrogatoires comme le renvoi de sa communication au moment où le mis en cause est présenté devant une juridiction porte nécessairement atteinte au principe du contradictoire, et par conséquent aux droits de la défense. « *La juridiction ne reçoit qu'un dossier à charge faute d'un débat contradictoire sur la preuve, bien antérieur* »<sup>76</sup>. Or, la contradiction, la pluralité de l'information, l'équité ou encore la justice sont des valeurs fondamentales appartenant aux sociétés démocratiques, que notre système se doit de prendre en considération à l'instar des autres systèmes juridiques européens.

En Angleterre, pour prévenir toute atteinte aux droits de la défense ou l'iniquité du procès pénal, l'accusation a la charge d'assurer une information adéquate et presque immédiate en cas d'arrestation<sup>77</sup>. Pendant la garde à vue, le mis en cause n'a pas la possibilité d'avoir, directement ou par le biais de son conseil, accès à la procédure en raison de la règle qui ne reconnaît pas valeur de preuve aux éléments recueillis par la police. Cependant, elle peut prendre connaissance du dossier à l'issue de la mesure par la procédure de *discovery*<sup>78</sup>. Le

---

<sup>72</sup> Les gardes à vue de confort, qui consistent à placer ou à maintenir une personne en garde à vue afin de satisfaire aux emplois du temps dominical sont strictement proscrites. Cass. crim. 09 mai 2001, Bull. crim. n°767. Cf. supra n°407.

<sup>73</sup> Cf. infra Chapitre 2.

<sup>74</sup> INCHAUSPE, Dominique. *L'affaire Outreau. Le point de vue de l'avocat*. Rev. pénit. 2006, n°2, p.363.

<sup>75</sup> ibid. idem. p.363.

<sup>76</sup> ibid. idem. p.363.

<sup>77</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. *Procédures pénales d'Europe*. Coll. Thémis, Éd. PUF, 1996, p.473.

<sup>78</sup> En 1996 est entré en vigueur en Angleterre et au pays de Galles un nouveau régime légal précisant les devoirs de l'accusation en matière de divulgation des preuves à l'égard de la défense : Criminal Procedure and

non-accès à la procédure pendant la garde à vue ne signifie pas pour autant que le mis en cause n'est pas informé des faits qui lui sont reprochés, de la qualification juridique retenue ainsi que des éléments de preuve qui fondent l'accusation.

À l'endroit précis où notre procédure formaliste montre quelques difficultés, notamment en raison de sa nature écrite, la *Common Law* y répond avec pragmatisme. En effet, le devoir d'information de l'accusation se formalise par une simple discussion loyale et équitable avec la défense<sup>79</sup>. Toute la problématique inhérente à la constitution écrite du dossier dans le temps de la garde à vue est ainsi éludée.

En outre, l'argument selon lequel l'accès au dossier pendant l'enquête est un particularisme du droit anglo-saxon est parfaitement inopérant. En Allemagne, « *le parquet transmet l'original de son dossier à l'avocat de la défense, dès que la demande lui en est faite, en pratique quand le client est informé qu'une enquête est en cours (par des perquisitions, des saisies...)*. *Le débat sur la preuve intervient très en amont. Les nécessités de l'enquête peuvent différer cette communication mais elles sont en pratique, peu mise en avant. En Allemagne, personne ne se plaint d'un déséquilibre en faveur du parquet alors même que les avocats n'assistent pas aux gardes à vue et ne mènent pas une contre-enquête* ». Et à l'auteur de conclure que « *ces constatations, rapprochées des réalisations procédurales anglo-saxonnes, démontrent à quel point la communication du dossier est le pivot d'une bonne administration de la justice* »<sup>80</sup>.

Au surplus, l'accès au dossier pendant l'enquête n'est pas une caractéristique isolée et exclusive du système pénal allemand<sup>81</sup>. Il est également présent dans le Code de procédure pénale autrichien<sup>82</sup>, ou encore espagnol<sup>83</sup>.

Investigations Act 1996, Chapter 25, spec. Section 5 & 8. En vertu de cette loi, l'accusation doit opérer une « *première divulgation* » de l'ensemble des éléments non divulgués antérieurement qui, de l'avis du procureur, pourraient affaiblir la thèse de l'accusation. L'accusé doit alors soumettre à l'accusation et au tribunal une déclaration exposant dans ses grandes lignes la nature de sa défense et les questions sur lesquelles il n'est pas d'accord avec l'accusation. Celle-ci opère alors une « *seconde divulgation* » de l'ensemble des éléments précédemment non divulgués « *dont on peut raisonnablement supposer qu'ils peuvent aider la défense de l'accusé telle que celle-ci se dégage de la déclaration de défense* ». La manière dont l'accusation s'acquitte de ses obligations en matière de divulgation peut être contrôlée par le tribunal sur demande de l'accusé. in CEDH du 24 juin 2003, Aff. *Dowsett* c/Royaume-Uni, req. n°39482/98, § 33. V. également. **DELMAS-MARTY**, Mireille. op. cit. pp.160-161 ; **INCHAUSPE**, Dominique. *L'innocence judiciaire*. Éd. Litec, 2001, pp.232-234. Disponible sur : <http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1996/1996025.htm> [consulté le 08/07/2007]

<sup>79</sup> Pendant la garde à vue, la police doit respecter une réglementation précise contenue dans une loi de 1984, « *The Police and Criminal Evidence Act* » et ses règlements, tel que « *The Code of practice C* » sur la détention des suspects. Selon Andrew West « *en pratique, la police a créé ses propres systèmes de briefing des Solicitors. Un document, le "Briefing of Legal Advisers" ou "Briefing des conseils juridiques", précise le contenu des informations qui pourront être présentées au Solicitor. Par souci de preuve, la "South Wales Police" s'arrange pour que ces informations soient communiquées de façon structurée, c'est-à-dire devant les caméras. Ce document prévoit la transmission de la description du suspect, un résumé des faits et les raisons qui poussent la police à croire que la personne peut-être impliquée dans l'affaire, le casier judiciaire et les déclarations significatives du gardé à vue* ». Il est important de souligner que le respect des droits de la défense est garanti à peine de nullité. in Les état généraux de la justice pénale « *procédure pénale : dysfonctionnement et remèdes* » Actes du Colloque du 06 avril 2006 organisé par le CNB, pp.14-16.

Disponible sur : <http://police.homeoffice.gov.uk/operational-policing/powers-pace-codes/pace-code-intro/> [consulté le 08/07/2007]

Disponible sur : <http://www.cnb.avocat.fr/PDF/colloques/EGJP2006.pdf> [consulté le 08/07/2007]

<sup>80</sup> **INCHAUSPE**, Dominique. *L'affaire Outreau. Le point de vue de l'avocat*. Rev. pénit. 2006, n°2, p.363.

<sup>81</sup> « *Le défenseur est habilité à prendre connaissance des actes transmis au tribunal ou qui lui seraient transmis en cas d'exercice de l'action publique, ainsi qu'à examiner les éléments de preuve officiellement conservés. Si la conclusion de l'instruction n'a pas encore été inscrite dans les actes, le défenseur peut se voir refuser la prise de connaissance des actes ou des autres pièces de même que l'examen des éléments de preuve officiellement conservés, si le but de l'instruction peut être compromis.*

En définitive, comme le rappelle M. Martin, président de la Commission pénale de la Conférence des bâtonniers, il est temps « *que la France se replace au rang des autres pays européens* »<sup>84</sup>.

**507.** Aujourd'hui, la préservation de la présomption d'innocence du mis en cause constitue le fondement principal du secret de l'enquête et de l'instruction. En revanche, en ce qui concerne son fondement à l'égard des parties, celui-ci tend à s'amenuiser sous la montée en puissance de la légitimité du contradictoire. En outre, l'argument majeur relatif aux risques liés à l'inefficacité de l'enquête est en réalité marginal et susceptible d'être maîtrisé. En conséquence, le droit d'accès au dossier par la défense pendant l'enquête est parfaitement possible sous réserve d'une mise en œuvre conditionnée.

## **Section 2 – Par une mise en œuvre conditionnée**

**508.** L'accès au dossier par la défense pendant l'enquête n'est pas uniquement concevable juridiquement, il l'est également matériellement. Il est tout d'abord nécessaire de définir un cadre juridique précis en s'inspirant de régimes juridiques éprouvés. Le droit d'accès par la défense n'est pas absolu. Il faut en définir les règles d'exercice, les conditions d'octroi et les limites.

Nonobstant son encadrement, la communication du dossier pose des difficultés pratiques en termes de personnels, de matériels et de budget dont on ne peut feindre d'en ignorer l'existence. Il est parfaitement inutile d'instituer un nouveau droit de la défense s'il est irréalisable en pratique. Aussi, nous sommes nous efforcer à composer entre des contraintes partisans et des besoins antinomiques, un droit concret et efficient.

**509.** En conséquence, l'accès au dossier par la défense pendant l'enquête satisfait aux contraintes matérielles s'il dispose d'un encadrement juridique expérimenté (§1) et d'un régime juridique adapté aux contingences partisans (§2).

### **§ 1 – Un encadrement juridique expérimenté**

---

*Ne peuvent être refusées au défenseur à aucun moment de la procédure la prise de connaissance des procès-verbaux consécutifs à l'interrogatoire de l'inculpé et à celles des opérations d'instruction judiciaire pour lesquelles la présence du défenseur a été autorisée ou aurait pu l'être, de même que la prise de connaissance des rapports d'expertise* ». § 147 du St PO (Prise de connaissance des actes par le défenseur). Traduction par R. Legeais.

Disponible sur : <http://www.juriscope.org/publications/documents/> [consulté le 08/07/2007]

<sup>82</sup> Art. 245 du Code de procédure pénale autrichien. CEDH du 19 décembre 1989, Aff. *Kamasinski c/Autriche*, req. n°9783/82, § 49.

<sup>83</sup> « *L'assistance de l'avocat consistera à demander à l'autorité judiciaire ou au fonctionnaire qui auront exécuté l'acte d'instruction auquel l'avocat est intervenu, une fois celui-ci terminé, le texte de la déposition ou l'ampliation des extraits qu'il considère comme utiles, comme aussi la consignation dans le procès-verbal de tout incident qui a eu lieu au cours de son exécution* ». Art. 520-6 b) du C. pr. pén. Traduction par R. Legeais.

Disponible sur : <http://www.juriscope.org/publications/documents/> [consulté le 08/07/2007]

<sup>84</sup> Audition de J. Martin. in Rapport de l'Assemblée nationale n°3125 par P. Houillon du 06 juin 2006 au nom de la Commission d'enquête dans l'affaire dite d'Outreau, t.2, p.1448.



**510.** La revendication légitime de la défense d'accéder à son dossier pendant l'enquête ne postule nullement une totale liberté dans sa mise en œuvre. Les contraintes de l'accusation s'y opposent. En revanche, elles autorisent un droit d'accès contrôlé (A). Par ailleurs, si l'exercice de ce droit est généralement rempli par un avocat, il n'est pas exclusif d'un accès par le principal intéressé (B).

### **A – Un droit d'accès contrôlé**

**511.** Aussi forte que soit la légitimité du droit d'accès au dossier par la défense pendant la phase d'enquête, il n'exige pas une mise en œuvre inconditionnelle pour satisfaire au critère d'effectivité. Sa reconnaissance au plan institutionnel et juridique ne se traduit pas systématiquement par une obligation irréfragable de résultat à la charge de l'enquêteur. Son exercice par le mis en cause au temps de la garde à vue ne signifie pas qu'il pourra exiger de son contradicteur l'accès à l'ensemble des pièces du dossier, sans que ce dernier lui oppose d'éventuelles limites. Le droit d'accès au dossier peut parfaitement connaître une réalité théorique et une portée pratique en dehors des caractéristiques d'un droit absolu. De nombreux arguments militent en ce sens.

En premier lieu, il est difficile d'octroyer à la personne mise en cause plus de droit que la personne mise en examen. Cet argument est directement issu de l'esprit de la Convention européenne, plus précisément de la structure de ses articles qui développe en filigrane l'idée selon laquelle la protection de la personne mise en cause est proportionnelle à l'intensité de l'accusation. Plus le statut de la personne soupçonnée est contraignant au regard des libertés individuelles et important au niveau des enjeux, plus celle-ci doit être protégée des pouvoirs exorbitants de la puissance publique. L'adaptation du degré de protection en fonction de l'intensité de la menace pénale est parfaitement logique et rationnelle. Elle permet de concilier des impératifs processuels et d'ordre public antinomiques.

Si l'argument demeure pertinent et fondé juridiquement, il ne faut ignorer qu'en pratique, le statut de gardé à vue est bien moins favorable, et plus contraignant, que celui de mis en examen. Cependant, le degré de l'accusation ne justifie pas à lui tout seul cette différence de protection. La nécessaire prise en compte de considérations pratiques en matière probatoire fonde plus certainement cet état de fait. L'enquête est une phase judiciaire particulièrement sensible et stratégique en matière de preuve. La nature à la fois fragile et fondamentale des preuves dans le processus judiciaire constitue l'argument central qui commande la relativité du droit d'accès au dossier par la défense durant l'enquête. À l'image de la phase d'information, il est parfois légitime de refuser à la défense l'accès à certaines pièces du dossier sous peine de nuire gravement à l'efficacité des recherches. Dans l'hypothèse d'une prise importante de produits stupéfiants par les agents des douanes, il est impérieux de maintenir une certaine confidentialité à l'affaire pour laisser le temps aux enquêteurs de procéder aux investigations d'usage<sup>85</sup> afin d'appréhender le réseau dans son ensemble. Cette limitation des droits de la défense et du principe du contradictoire se comprend parfaitement

---

<sup>85</sup> Dans les affaires révélant l'existence d'un réseau, lorsqu'une partie de celui-ci a été interpellée, il est impératif de couper toutes les communications avec ceux restés libres, sous peine de voir disparaître un certain nombre de preuves, ou au contraire, on laisse intentionnellement la personne communiquer avec l'extérieur parce que ses communications sont interceptées. Prévenir la personne détenue que le téléphone portable dont elle a l'usage en prison, est sur écoute, reviendrait à se priver de nombreuses informations précieuses pour l'enquête et preuves importantes pour le procès. De la même façon, il n'est pas forcément opportun de tenir la défense informée sur la nature des investigations en cours. Nous pensons aux écoutes téléphoniques mais également aux recherches sur les communications Internet, aux réquisitions bancaires, sociales et administratives.

au regard des impératifs probatoires et se justifie, en outre, par l'appréciation souveraine d'un magistrat indépendant.

Il existe enfin des contraintes matérielles irréductibles. Nonobstant les limites juridiques, fonctionnelles, structurelles et financières, le droit d'accès au dossier par la défense durant l'enquête ne peut être un droit absolu en raison de simples contraintes matérielles : le temps nécessaire à la construction du dossier ne correspond pas forcément au temps de la défense.

Dans l'hypothèse où les actes d'investigations sont en majorité réalisés et font l'objet d'un procès-verbal en amont de l'arrestation, l'accès au dossier par la défense ne pose aucun problème pratique. En revanche, lorsque ces mêmes actes sont concomitants à l'interpellation et rédigés pendant la garde à vue, voire ultérieurement, la défense est dans l'impossibilité d'y accéder, faute d'existence matérielle.

Aussi forte que soit la légitimité du droit d'accès au dossier par la défense pendant la phase d'enquête, il ne peut donc en aucun cas être absolu. Sa relativité n'est pas pour autant contraire à son effectivité.

**512.** Le caractère relatif du droit d'accès au dossier exige un contrôle institutionnel impartial et indépendant. Il s'agit à la fois d'encadrer et de garantir le droit d'accès à la procédure par la défense tout en conciliant les nécessités de l'enquête.

La première hypothèse fondée sur l'autodiscipline des parties est difficile à envisager tant au regard des principes généraux du droit que de considérations fonctionnelles. Reconnaître à l'une des parties le droit d'accorder ou non l'accès à la procédure conduit forcément à privilégier des intérêts partisans. En outre, cette reconnaissance heurte le principe de l'égalité des armes car elle accorde à l'une des parties un pouvoir exorbitant, et place *de facto* son adversaire dans une situation de net désavantage. Soit elle privilégie l'accusation qui risque de porter atteinte aux droits de la défense, soit, elle avantage au contraire la défense qui à son tour risque de porter atteinte à l'ordre public. Dans un souci d'équité, on est tenté de proposer la cogestion de ce droit. Cela étant ce postulat n'est pas viable en pratique. Car dans l'hypothèse plus que probable d'un conflit entre les parties, l'équilibre des pouvoirs bloque le protocole décisionnel, il conduit à l'indécision. L'autodiscipline est donc inopérante au plan fonctionnel.

Cette mission de protection et d'arbitrage entre les libertés individuelles et l'ordre public ne peut être dévolue aux parties. Elle nécessite l'intervention d'un tiers impartial. *A priori*, le juge d'instruction apparaît comme l'acteur idéal du fait de son expérience au titre de l'article 114 du Code de procédure pénale. Son statut de magistrat indépendant et impartial répond parfaitement aux critères exigés. Seulement la réalité quotidienne d'une juridiction d'instruction est incompatible avec cette nouvelle demande. Le magistrat instructeur agit exclusivement dans le cadre de sa saisine. Il est inenvisageable d'ouvrir une information à chaque fois qu'une demande concernant l'accès à la procédure est sollicitée<sup>86</sup>. Aussi, l'intervention d'un nouveau magistrat, disposant des mêmes qualités que son confrère, mais doté d'une plus grande " flexibilité " en matière de saisine, s'impose naturellement. Il s'agit du juge des libertés et de la détention<sup>87</sup> (JLD). Innovation majeure de la loi du 15 juin 2000,

---

<sup>86</sup> Sans compter le risque de dérives institutionnelles ou d'instrumentalisation du magistrat instructeur lorsque ce dernier ou le ministère public refuserait l'ouverture d'une information. La parade à ces dérives consisterait à détacher l'action du juge d'instruction de sa saisine originelle, mais elle ne changerait rien à l'égard de la surcharge de travail de la majorité des cabinets d'instruction.

<sup>87</sup> **DORSNER-DOLIVET**, Annick. *Les dispositions de la loi du 15 juin 2000 renforçant les garanties judiciaires en matière de détention provisoire*. Dr. pénal, décembre 2000, p.4 ; **GUERY**, Christian. *Le nouveau juge des libertés et de la détention : premiers problèmes pratiques*. Gaz. Pal. du 8 septembre 2000, n°252-253, p.2 ; **LEMONDE**, Marcel. *Le juge des libertés et de la détention : une réelle avancée ?* Rev. sc. crim. 2001, p.51 ; **LAVIELLE**, Bruno **LEBUR**, François. *Le juge des libertés et de la détention : béni-oui-oui ou*

ce juge est une véritable juridiction à lui seul. Désigné parmi les magistrats du siège ayant le rang de président, de premier vice-président ou de vice-président, le législateur souhaitait un magistrat d'expérience à défaut d'une collégialité, formation trop lourde en termes de gestion du personnel<sup>88</sup>.

Ces nombreuses compétences en matière de détention provisoire<sup>89</sup>, de perquisitions<sup>90</sup>, de visites domiciliaires, de saisies spéciales<sup>91</sup>, de prolongation de garde à vue<sup>92</sup> et de certaines mesures en matière de rétention administrative des étrangers en situation irrégulière<sup>93</sup> et d'hospitalisation d'office<sup>94</sup> sont à l'origine de sa dénomination et font de lui un magistrat référent en ce qui concerne les questions attentatoires aux libertés individuelles. Aussi présente-t-il toutes les qualités requises pour trancher le contentieux de l'accès au dossier. Mais quelles sont les personnes habilitées à accéder à la procédure ?

## B – Un droit d'accès ouvert au gardé à vue

**513.** L'accès au dossier pendant l'enquête est ouvert à la personne gardée à vue et à son conseil.

Avant de s'intéresser aux personnes qui ont accès à la procédure, il faut déterminer, parmi les multiples figures de la défense, le statut juridique auquel ce droit s'applique. Répondre à cette interrogation fixe dans le temps et dans l'espace son exercice. Est-ce dès l'existence d'un soupçon, lors d'une mise en cause, à partir de l'arrestation et de son placement en garde à vue ?

Avoir des soupçons à l'égard d'une personne correspond aux prémisses de la défense. La notion de soupçon est une relativement floue, complexe et par essence subjective. Elle peut traduire une multitude de réalités très différentes les unes des autres. Elle ne connaît aucune existence juridique. Il est par conséquent un critère difficile à mettre en œuvre.

Le statut de mis en cause ne connaît pas davantage une existence juridique. Cependant, il correspond à une réalité empirique, non reconnue par le législateur mais néanmoins présente dans les statistiques<sup>95</sup>. Cette catégorie policière recense toutes les personnes impliquées, du

*terminator* ? Gaz. Pal. des 27 et 28 juillet 2001, p.3 ; **GUERY**, Christian. *Le juge des libertés et de la détention : un juge qui cherche à mériter son nom*. D. 2004, chron. 583.

<sup>88</sup> **GUINCHARD**, Serge., **BUISSON**, Jacques. *Procédure pénale*. Éd. Litec, 2005, n°221, p.197.

<sup>89</sup> Art. 137-1 du C. pr. pén. **COMMARET**, Dominique Noëlle. *Ordonnance de placement en détention provisoire. Durée. Pouvoirs du juge des libertés*. Rev. sc. crim. 2002, chron. p.841 ; **BRAUN**, Eric. *L'article 137-1 du code de procédure pénale s'applique à toutes les situations où le juge des libertés et de la détention est appelé à ordonner une détention provisoire*. JCP 2003, II, n°10069, pp.782-785.

<sup>90</sup> Art. 706-89 et 706-90 du C. pr. pén.

<sup>91</sup> En matière de bande organisée, il autorise ou non les interceptions téléphoniques hors instruction, les sonorisations ou fixations d'images, et l'audition d'un témoin anonyme. **GIRAULT**, Carole. *Le droit de visite de l'administration des douanes : une autorisation soumise à condition*. AJ Pen. 2004. IR, p.328 ; **BUISSON**, Jacques. *Perquisition autorisée par le juge des libertés et de la détention*. Rev. sc. crim. 2005, p.387.

<sup>92</sup> 706-73 du C. pr. pén.

<sup>93</sup> Ord. Du 02 novembre 1945, art. 36 bis et quater. **PUTZ**, Alain. *Le juge des libertés et de la détention et la loi du 26 novembre 2003*. AJ Pen. 2004, chron. p.100.

<sup>94</sup> Art. L. 3211-12 C. santé publique.

<sup>95</sup> « Il s'agit des personnes contre lesquelles ont été réunis au cours de l'enquête des éléments ou indices "attestant" qu'elles sont auteur, coauteur ou complice d'un crime ou d'un délit ». En réalité, Il réunit l'ensemble des personnes auditionnées au cours d'une enquête par les services enquêteurs à l'exception des victimes et des personnes gardées à vue. in *Criminalité et délinquance constatées en France en 2006*. La Documentation française, Éd. 2007, t. 1, p.49 et s.

simple témoin au suspect entendu en tant que témoin. Outre l'hétérogénéité du statut de mis en cause, il ouvre le droit d'accès au dossier de trop nombreuses personnes<sup>96</sup> pour être retenu. Finalement, seul le statut de gardé à vue semble disposer des caractéristiques appropriées à l'exercice du droit d'accès au dossier. Ce statut est parfaitement défini dans le Code de procédure pénale<sup>97</sup> et correspond à une réalité juridique précise dans la pratique. On identifie une personne placée en garde à vue par des conditions de temps, de lieu, de contraintes et de droits. Il pèse nécessairement à l'encontre de l'intéressé « *une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction* ». Le degré de suspicion sur l'échelle du soupçon est supérieur aux catégories précédentes<sup>98</sup>. Enfin, son champ d'application s'avère plus raisonnable en termes de stock. Il porte sur 400 000 à 500 000 demandes théoriques pour une réalité d'accès au dossier estimée entre 30 et 40 %<sup>99</sup>. Pour toutes ces raisons, la garde à vue apparaît comme le régime juridique de prédilection du droit d'accès à la procédure.

**514.** Une fois l'exercice de ce droit relié à la mesure de garde à vue, il convient de déterminer la qualité des personnes qui peuvent effectivement avoir accès à la procédure. Si la personne de l'avocat ne fait pas l'objet d'un débat particulier, la question est plus discutée en ce qui concerne le gardé à vue.

Premier et principal lecteur des dossiers – à l'instruction et à l'audience –, l'avocat est l'intervenant le plus à même d'apprécier le contenu et la pertinence des éléments qui y sont inscrits. Ses qualités professionnelles en matière juridique et ses devoirs de conseil et d'assistance font de lui un acteur incontournable à la consultation de la procédure.

Toutefois les personnes placées en garde à vue ne sollicitent pas systématiquement un avocat durant cette mesure. Faut-il pour autant les priver systématiquement de l'accès à leur dossier ? *A priori*, il est tentant de répondre par l'affirmative. Certains éléments du dossier ne doivent pas être connus de l'intéressé sous peine d'anéantir l'efficacité des investigations en cours. Pour autant, il ne faut pas se tromper de débat. Si l'argument est parfaitement valide pour exclure ponctuellement et spécialement l'accès à certaines pièces du dossier lorsque les circonstances l'exigent<sup>100</sup>, il est inopérant de refuser ce droit *in abstracto*, de manière générale et absolue.

À plusieurs reprises, la même question a été soulevée devant la Cour de cassation à propos de l'accès au dossier par l'intéressé durant la phase d'information<sup>101</sup>. La solution retenue par la

---

Disponible sur : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/074000386/index.shtml> [consulté le 08/07/2007]

<sup>96</sup> En 2006, les services de police et de gendarmerie ont recensé 1 100 398 personnes mises en cause. in *Criminalité et délinquance constatées en France en 2006*. La Documentation française, Éd. 2007, t. 1, p.7.

<sup>97</sup> Art. 63 et s., 77 et s., et 154 du C. pr. pén.

<sup>98</sup> Bien que le législateur ait changé les termes des conditions de placement en garde à vue en substituant l'exigence des « *indices laissant présumer* » par celle de « *raison plausible de soupçonner* », formulation volontairement plus subjective, dans le but d'élargir les possibilités de placement. En pratique, cette modification terminologique n'a pas spécialement bouleversé les conditions de placement en garde à vue. La Cour de cassation exige logiquement une certaine objectivation des éléments recueillis à l'encontre d'une personne pour mettre en œuvre la contrainte étatique et qu'un simple soupçon ne saurait suffire. V. **GUINCHARD**, Serge., **BUISSON**, Jacques. *Procédure pénale*. Éd. Litec, 2005, n°704, p.466.

<sup>99</sup> Cf. infra.

<sup>100</sup> Cf. supra n°511 et s.

<sup>101</sup> En l'espèce, avec l'avènement des photocopies, il s'est rapidement posé la question de savoir si l'avocat, détenteur légal d'une copie du dossier, pouvait en remettre un exemplaire à son client ? Dans un premier temps, la Cour de cassation s'y est formellement opposée au visa de l'interprétation stricte des textes, et du secret de l'instruction, avant finalement, de s'y résigner sous la pression de la jurisprudence européenne. Cf. supra n°306.

Haute cour, sous l'impulsion de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>102</sup>, puis par le législateur<sup>103</sup>, est parfaitement transposable à la phase d'enquête. Bien que le raisonnement par analogie soit de manière générale contestée en droit, notamment en matière pénale, vu le très grand nombre de points commun entre les situations, une conclusion différente serait juridiquement impossible à justifier. Elles réunissent les mêmes parties sur le même problème avec les mêmes enjeux.

Aussi, le fondement des principes du contradictoire et de l'égalité des armes, sur lequel reposent à la fois les décisions judiciaires et l'esprit de la loi, nous autorise à octroyer également cet accès au simple justiciable.

Lorsque le gardé à vue fait le choix de se défendre seul, droit qui lui est expressément reconnu tant par la Convention européenne des droits de l'homme<sup>104</sup> que par le droit interne<sup>105</sup>, cela ne doit pas systématiquement le priver d'avoir accès à son dossier. Lui refuser reviendrait à priver l'intéressé d'être en mesure de préparer sa défense de manière adéquate, c'est-à-dire de lui offrir « *une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne le placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire*<sup>106</sup> ».

Au visa de ces principes, il est raisonnable de penser que l'accès au dossier pendant l'enquête est ouvert au gardé à vue et à son conseil.

Comme nous venons de le démontrer, l'élargissement de ce droit jusqu'à l'enquête n'est pas sans limite, et, il n'est pas uniquement théorique. Il se doit d'être très proche des préoccupations pratiques tant à l'égard de la défense que de l'accusation si l'on souhaite « *un droit non pas théorique et illusoire mais concret et effectif* ».

## § 2 – Un régime juridique adapté

**515.** L'accès au dossier par la défense est possible à condition de prendre en compte d'une part les difficultés pratiques inhérentes à l'accusation et à l'institution judiciaire en général (A), et d'autre part, en tenant compte des besoins propres de la défense (B).

### A – Aux difficultés pratiques

**516.** Pour être effectif, le droit d'accès au dossier pendant l'enquête doit intégrer dans son exercice des contraintes tant judiciaires que partisans. Les contingences pratiques sont ainsi à l'origine de la primauté du principe du contradictoire (1), de l'appréhension du dossier (2) et enfin, de l'étendue du droit d'accès au dossier à l'ensemble de la phase d'enquête (3).

---

<sup>102</sup> CEDH du 18 mars 1997, Aff. *Foucher c/France*, req. n°22209/93, § 33-37. CEDH du 1<sup>er</sup> février 2005, Aff. *Frangy c/France*, req. n°42270/98, inédit.

<sup>103</sup> Loi n° 96-1235 du 30 décembre 1996, JO du 1 janvier 1997, p.9 ; Décret n°97-180 du 27 février 1997, JO du 2 mars 1997 p.3375.

<sup>104</sup> Art. 6-3 c) Convention européenne des droits de l'homme.

<sup>105</sup> La présence d'un avocat n'est obligatoire aux cotés de l'accusé que devant la cour d'assises (article 317 du C. pr. pén.). Devant toutes les autres juridictions pénales, la personne poursuivie peut choisir de se faire assister ou non.

<sup>106</sup> CEDH du 27 octobre 1993, Aff. *Dombo beheer c/Pays-Bas*, Série A, n°274, § 33.

### 1) La primauté du principe du contradictoire

**517.** En raison de l'engorgement manifeste de notre système pénal, il convient de poser le principe de l'accès à la procédure par la défense durant l'enquête et laisser au ministère public l'opportunité de soulever, le cas échéant, l'exception du secret selon une procédure inspirée du service de traitement direct (STD).

Au-delà de l'avancée déterminante pour les droits de la défense, du changement de nature de la phase d'enquête, et des progrès conséquents en matière de contradictoire et d'égalité des armes, la reconnaissance en tant que principe, du droit d'accès au dossier par la défense au cours de l'enquête s'explique au regard des justifications théoriques et symboliques sus-développées<sup>107</sup>, mais également en tenant compte d'impératifs fonctionnels incontournables : le personnel et le matériel disponible et surtout la capacité de traitement de l'institution judiciaire.

Inverser la charge de la présomption<sup>108</sup> est très certainement une solution plus consensuelle, une évolution processuelle plus douce que la révolution culturelle préconisée. Le principe du secret avec quelques exceptions serait, en outre, mieux accepté par la communauté des enquêteurs que le principe de l'accès à la procédure. Cependant, il existe un élément rédhibitoire à l'adoption d'une telle solution qu'il nous est difficile d'ignorer : elle n'est pas viable fonctionnellement. Elle risque d'ouvrir un contentieux de masse difficile – voire impossible – à traiter par une institution déjà surchargée.

Si l'on retient le principe du secret, il est certain que le nombre de demandes d'accès au dossier de la part de la défense sera supérieur au nombre de demandes de garantie du secret de la part des enquêteurs, si l'on inversait la charge de la présomption. Or, l'une des garanties de succès de ce droit est justement de solliciter le moins possible l'institution judiciaire en la personne du juge des libertés et de la détention.

À partir du postulat selon lequel, l'accès au dossier est ouvert à toute personne placée en garde à vue<sup>109</sup>, sur les 498 555 mesures recensées en 2005 par les services de police et de gendarmerie, 65 %<sup>110</sup> sont liées à une délinquance de voie publique et/ou à de simples infractions aux biens pour lesquelles le secret de l'enquête est d'une faible – voire d'aucune – utilité pratique. En effet, il n'existe aucune justification partisane ou intérêt particulier à garder secret une procédure de vol ou de dégradations à l'égard du conseil du gardé à vue.

Pour la grande majorité des infractions, une fois les procès-verbaux de constatations et d'auditions<sup>111</sup> enregistrées, la constitution du dossier est – quasiment – achevée. Le contenu du dossier demeure inchangé jusqu'à son audiences devant la juridiction compétente. Pour l'accusation, les éléments de preuve sont recensés et la consultation du dossier durant l'enquête ou lors de ce renvoi n'y change rien. En revanche, pour la défense, la consultation

---

<sup>107</sup> Cf. supra n°510 et s.

<sup>108</sup> Hypothèse dans laquelle le principe est de garantir le secret de l'enquête et l'exception le droit d'accès au dossier.

<sup>109</sup> Cf. supra n°513.

<sup>110</sup> Pour parvenir à ce chiffre nous avons additionné les gardes à vue suivantes, celles concernant les coups et violences volontaires (47 275), les vols de véhicules et assimilés (32 499), les vols à l'étalage (19 931), les cambriolages de locaux (25 121), les vols simples (26 744), le recel (27 402), le seul usage de stupéfiants (41 795), infractions en matière d'étranger (53 875), les dégradations et destructions (11 138), et les outrages à PDAP (15 868). in Statistiques de la délinquance et de l'activité de la police et de la gendarmerie nationales pour l'année 2005.

Disponible sur : [http://www.interieur.gouv.fr/sections/a\\_la\\_une/toute\\_l\\_actualite/securite-interieure/delinquance-annee-2005/downloadFile/attachedFile\\_5/107\\_index\\_4001\\_Anee-2005.pdf%20?%20nocache%20=%201161592038.15](http://www.interieur.gouv.fr/sections/a_la_une/toute_l_actualite/securite-interieure/delinquance-annee-2005/downloadFile/attachedFile_5/107_index_4001_Anee-2005.pdf%20?%20nocache%20=%201161592038.15) [consulté le 08/07/2007]

<sup>111</sup> Auditions du gardé à vue et des éventuelles victimes.

du dossier constitue l'élément fondamental à la mise en œuvre d'une stratégie de défense pensée et réfléchie.

En réalité, les éventuelles demandes de restriction d'accès au dossier ne concernent que des milliers, peut-être quelques dizaines de milliers d'affaires par an réparties sur l'ensemble des 181 tribunaux de grande instance, essentiellement dans les domaines de la criminalité organisée, du terrorisme, des réseaux et autres trafics internationaux... Elles peuvent également concerner, à de plus rares occasions, les affaires de droit commun. Quoi qu'il en soit, lorsque les investigations exigent une certaine discrétion pour préserver leur – éventuelle – efficacité ou pour assurer la sécurité des témoins, des victimes, voire des enquêteurs eux-mêmes, il appartient au JLD d'en apprécier la teneur<sup>112</sup>.

Concrètement, la demande de préservation du secret à l'égard d'une ou plusieurs pièces du dossier émane des policiers ou gendarmes saisis de l'enquête. Ils en informent le parquetier de permanence au STD. Au cours de cet entretien téléphonique, l'OPJ précise les raisons de sa demande. En fonction des éléments recueillis, le magistrat du parquet dispose de l'opportunité de saisir, ou non, le JLD de permanence par voie d'ordonnance de soit communiqué (OSC). Une fois saisi, ce magistrat doit se prononcer rapidement en raison de la durée limitée de la garde à vue. Il doit pouvoir se prononcer en toute connaissance de cause, ce qui signifie qu'il doit avoir la possibilité de prendre connaissance du dossier. Or, celui-ci est en cours d'élaboration sur un ou plusieurs sites selon les gardes à vue.

Il est parfaitement possible de faire parvenir la procédure au magistrat ou d'envisager le déplacement de ce dernier sur les lieux des auditions, mais ces propositions sont irréalistes au regard des moyens matériels et humains actuels. Il est pourtant inconcevable d'exiger du JLD qu'il se prononce sans autres éléments que ceux présents dans la requête. Aussi, avec les progrès de l'informatique et la généralisation du projet Cassiopée<sup>113</sup> en 2008 à l'ensemble des juridictions nationales, le JLD dispose de l'ensemble du dossier papier sous forme informatisée. À l'image du juge d'instruction ou du juge des enfants<sup>114</sup>, il peut ainsi écarter du contradictoire, une ou plusieurs pièces du dossier, et plus rarement l'ensemble de la procédure par ordonnance motivée et susceptible d'appel.

Outre sa portée symbolique, la reconnaissance du droit d'accès au dossier par la défense en tant que principe est donc fondée sur des intérêts pratiques.

## 2) Le dossier : une appréhension difficile

**518.** S'il est légitime de se prononcer en faveur de l'accès au dossier au profit de la défense pendant l'enquête au regard des règles du procès équitable. Son appréhension au plan

---

<sup>112</sup> « S'adapter aux évolutions de la criminalité... sans rien renier de son impartialité ou de son indépendance, tel est l'enjeu pour le JLD qui ne saurait en aucun cas se comporter en chambre d'enregistrement des requêtes ou réquisitions qui lui seront présentées. Il est certain que le contrôle du JLD devra s'effectuer tout d'abord sur les pièces ou procès-verbaux produits à l'appui de la demande puis sur les conditions d'exécution — sur le terrain — de son autorisation. Mais, à cet égard, sa mission et son rôle sont tout aussi ambigus ». BILLAUD, Alain. *Quel contrôle du JLD sur les enquêtes ?* AJ Pen. 2004, chron. p.233.

<sup>113</sup> Le projet Cassiopée est un logiciel informatique qui permet le traitement des infractions tout au long de la chaîne pénale, de l'enquête de police à l'exécution des peines. Il recense l'ensemble des diligences et procédures engagées relatives à l'auteur de faits délictueux.

<sup>114</sup> Art. 1187 C. pr. civ. Depuis le 1<sup>er</sup> septembre 2002, les parents ont la possibilité de solliciter l'accès au dossier d'assistance éducative de leur(s) enfant(s) au juge des enfants. Vivement critiquée par les éducateurs spécialisés et les acteurs sociaux en raison du risque d'autocensure de leurs écrits, et par l'institution judiciaire pour des raisons matérielles de mise en œuvre, l'instauration du contradictoire n'a pas engendré les dysfonctionnements tant redoutés. Comme à l'instruction, la consultation du dossier par les parties est résiduelle.

théorique comme pratique soulève de nombreuses interrogations. Se pose tout d'abord la question de la détermination de son objet, à savoir le contenu du dossier.

La notion de dossier ne connaît pas de définition juridique à l'image des règles qui régissent le dossier de l'instruction<sup>115</sup> et de l'audience<sup>116</sup>. Toutefois, des auteurs<sup>117</sup> précisent qu'il « *contient l'ensemble des [recherches]<sup>118</sup> recensées dans les documents procéduraux établis par les officiers et agents de police judiciaire ou les juges d'instruction qui relatent les actes qu'ils ont matériellement exécutés* ». Ainsi, le dossier se matérialise par une version papier, une véritable compilation exhaustive des recherches menées par l'ensemble des acteurs que les juridictions pénales identifient et classent à l'aide d'un numéro de parquet.

Mais par essence, le processus de définition tend à caractériser et uniformiser le concept de dossier. Or, dans la pratique, le dossier est loin d'être standard et homogène. Il est en perpétuelle construction tant que dure la procédure. Il connaît une densité à "géométrie variable" et une vitesse de consolidation incertaine. Selon l'instant où l'on y accède pendant l'enquête, il renvoie à un simple dépôt de plainte, à un procès-verbal de constatations ou à une procédure développée regroupant différentes investigations. Le dossier d'enquête est par essence mouvant, même si certains éléments demeurent intangibles, tels que l'audition du gardé à vue, le procès-verbal de notification et les procès-verbaux concernant les diligences relatives à la mesure. En outre, le contenu et l'élaboration d'un dossier sont très variables d'une infraction à l'autre. Les caractères protéiformes, mouvants et disparates du dossier soulèvent donc de nombreuses difficultés pratiques d'accès au dossier par la défense.

En effet, en fonction de l'intervention de la garde à vue, en début ou en fin de procédure, après ou concomitamment aux investigations, le dossier ne connaît pas le même contenu. Faut-il pour autant réduire l'accès du dossier aux seuls éléments<sup>119</sup> intangibles ?

Il n'existe pas de modélisation<sup>120</sup> de l'enquête adaptée et répondant à la problématique de l'accès au dossier. Toutes les enquêtes ont en commun des mesures de garde à vue et des investigations. Mais la nature de l'infraction, le moment et la manière dont les faits sont révélés, les preuves collectées, la personnalité des enquêteurs, des magistrats et des gardés à vue, ainsi que les nombreux aléas inhérents à la phase policière, font qu'aucune enquête ne ressemble à une autre, et qu'il n'existe pas de modèles théoriques adaptés à l'analyse du dossier.

Toutefois, en se fondant sur les données empiriques issues d'enquêtes de police et sur l'expérience de plusieurs magistrats du parquet, il est possible d'établir une dichotomie pertinente par rapport à l'élaboration du dossier entre deux types d'enquête : les enquêtes de maintien de l'ordre et/ou de sécurité publique<sup>121</sup> et les enquêtes de police judiciaire<sup>122</sup>.

---

<sup>115</sup> Art. 81, 114, 118, 175 et 197 du C. pr. pén. pour la constitution, la copie et la communication au conseil.

<sup>116</sup> Art. 271, 278 s., 347, 393-394, 586 s. du C. pr. pén.

<sup>117</sup> **GUINCHARD**, Serge., **BUISSON**, Jacques. *Procédure pénale*. Éd. Litec, 2005, n°611, p.435.

<sup>118</sup> Nous préférons le terme de recherches au terme de charges, initialement utilisé par les auteurs, mais pénalement connoté.

<sup>119</sup> **SCHWENDENER**, Marc. *Quelle place pour la garde à vue dans la procédure pénale ?* AJ Pen. 2006, n°9, p.346.

<sup>120</sup> Il existe bien une typologie des enquêtes de police fondée sur le degré de contrainte, la proximité de l'infraction et la nature policière ou judiciaire du responsable d'enquête. Mais ni l'enquête préliminaire, ni l'enquête de flagrance, ni l'enquête sur information ne constituent une grille de lecture pertinente par rapport à l'accès au dossier.

<sup>121</sup> Nous plaçons dans cette catégorie les infractions de voies publiques (les vols, les violences volontaires, les dégradations et destructions de biens, les outrages...) et les crimes et délits qui nécessitent l'intervention immédiate des forces de police et de gendarmerie (violences aggravées, homicide volontaire) afin de rétablir l'ordre public. Il s'agit majoritairement d'infractions liées aux personnes mais pas seulement. Elles se caractérisent par une atteinte publique manifeste et ostensible.



Dans la première catégorie, les enquêteurs interviennent en réaction à la commission d'une infraction pour laquelle les investigations ont cours durant la garde à vue, voire parfois après la mesure. En conséquence, il est difficile, voire matériellement impossible d'avoir accès à l'intégralité des pièces du dossier dans le temps de la contrainte, à l'exception du procès-verbal d'audition. La simultanéité des mesures complique nécessairement l'exercice de ce droit.

Toutefois, cette contingence n'a que peu d'incidence en pratique puisque la typologie de ces infractions réduit en général le dossier aux seuls procès-verbaux de constatation des enquêteurs et d'audition du prévenu et des éventuels témoins.

À l'opposé, dans la seconde catégorie, la nature des infractions conduit les enquêteurs à privilégier les investigations à l'intervention. La stratégie est complètement inversée. Ils préfèrent collecter un maximum d'informations et de preuves sur la ou les personne(s) suspecte(s) en amont de leur arrestation<sup>123</sup>. Si bien qu'au moment de la garde à vue, le dossier est quasiment achevé<sup>124</sup>. En conséquence, la défense peut y avoir accès. Le conseil est alors susceptible d'être confronté à une autre problématique, fréquente dans ce type d'affaire : la taille du dossier. À l'exception des simples dossiers économiques et financiers, il n'est pas rare de compter plusieurs tomes et des centaines, voire des milliers de cotes à la procédure.

### 3) À la contradiction de l'enquête

**519.** L'impossibilité matérielle de consulter les investigations en ce qui concerne les enquêtes de sécurité publique, d'une part, et les difficultés pratiques en raison de l'importance du dossier pour les enquêtes de police judiciaire, d'autre part, soulèvent la délicate question de l'étendue du principe du contradictoire. Est-il exclusivement circonscrit à la garde à vue ? Ou s'exerce-t-il à partir de cette mesure et durant toute l'enquête ?

La première hypothèse a *a priori* la préférence des enquêteurs et surtout l'avantage de concilier les intérêts de chacune des parties : l'accès à la procédure pendant la garde à vue pour la défense et le maintien du caractère secret des investigations pour le reste de l'enquête.

<sup>122</sup> Dans cette catégorie, la nature des infractions est généralement cachée, dissimulée par opposition au caractère public des précédentes. L'intervention des forces de l'ordre n'est pas immédiatement nécessaire. On considère qu'il est opportun d'en différer l'intervention, afin de laisser du temps aux autorités publiques d'effectuer les investigations utiles à l'incrimination des faits. Il y figure essentiellement les infractions économiques et financières et les infractions liées aux notions de bande organisée, d'association de malfaiteurs, de réseaux dissimulant un système criminel. L'exemple topique est le trafic de stupéfiants qui par essence, met en scène plusieurs personnes, du fournisseur aux clients en passant par les convoyeurs et les revendeurs.

<sup>123</sup> Les recherches menées à l'insu des personnes connaissent un développement considérable et constituent désormais une "*force d'investigation*" aussi redoutable qu'efficace. Sur le terrain, les investigations classiques telle que la surveillance des personnes et des biens, les filatures, l'observation et les constatations matérielles, sont complétées par des moyens techniques de sonorisation et de fixation d'images. Par ailleurs, les enquêteurs sollicitent diverses administrations à l'aide de réquisitions pour avoir accès aux documents bancaires, sociaux, fiscaux, téléphoniques, Internet... des personnes concernées. Enfin, ils disposent d'une multitude de bases de données policières et judiciaires à travers la consultation des fichiers tels que le STIC, JUDEX, BO, COGRENS, SIS, FTPJ, FNAEG, FIJAIS, FBS... Pour bien mesurer toute l'étendue de ces fichiers, nous renvoyons au chapitre 1 du rapport public de l'Observatoire de la délinquance.

V. Le rapport public de l'Observatoire de la Délinquance sur *les fichiers de la police et la gendarmerie : comment améliorer leur contrôle et leur gestion ?*

Disponible sur : <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/064000885/0000.pdf> [consulté le 08/07/2007]

<sup>124</sup> Il sera complété par les procès-verbaux de garde à vue (audition, perquisition, saisies) et éventuellement par le procès-verbal de première audition devant le juge d'instruction et les investigations sollicitées par la défense.

Mais, elle risque d'être à la source de nombreuses complications matérielles et contestations juridiques. Du côté de la défense, elle ne répond ni à l'impossibilité matérielle d'avoir accès au dossier ni au manque de temps nécessaire à la consultation des procédures volumineuses. Quid de la situation quotidienne où l'avocat intervient pour diverses raisons juste à la fin de la garde à vue ? A-t-il le droit de consulter le dossier ?

Du côté des enquêteurs, ensuite, le temps de la garde à vue est avant tout imparti aux recherches judiciaires. Suite aux multiples réformes du Code de procédure pénale et à l'avancée des droits de la défense, l'alourdissement des procédures en termes de temps qui s'en est suivi a conduit le législateur à allonger les délais d'exercice des diligences nécessaires à la mise en œuvre des droits de la défense<sup>125</sup>. Par conséquent, si l'on circonscrit l'accès au dossier à la garde à vue, outre le risque d'engendrer des conflits entre une défense pressante et une accusation débordée, cette fenêtre du contradictoire engendrera inéluctablement un allongement *in concreto* des délais de contrainte<sup>126</sup>. Et, il est inutile de préciser qu'il est inadmissible de garantir l'exercice d'un droit en portant atteinte à une liberté.

Enfin, si l'on ajoute aux contraintes matérielles des enquêteurs la multitude d'opportunités, volontaires ou non, tendant à restreindre l'accès à la procédure, le choix de circonscire ce droit exclusivement à la garde à vue laisse entrevoir un contentieux de masse difficile à trancher entre ce qui relève ou non des circonstances inhérentes à l'enquête.

Pour répondre à toutes ces contingences pratiques et parce qu'il n'existe aucune raison juridique fondée à circonscire ce droit à la garde à vue – et tant d'arguments en faveur de son développement<sup>127</sup> –, nous sommes favorables à l'accès au dossier par la défense dès la garde à vue, et durant toute la phase d'enquête.

**520.** De la même façon que la défense ne peut pas paralyser l'action de l'enquête, cette dernière ne doit pas pouvoir rendre ce droit inexistant. Dans un premier temps, il est très probable que certains policiers, ne souhaitant pas donner accès à la procédure, conduiront leur enquête de manière à garder secret leurs investigations. Pour ce faire, il leur suffira de reporter la rédaction de leur procès-verbal à une heure ou date ultérieure

À l'image de toute nouvelle disposition agissant sur les pratiques professionnelles, il est plus que probable que les enquêteurs chercheront à retarder la communication du dossier. Cependant, de nombreux éléments tendent à les décourager et à les interdire.

Le poids des usages, notamment dans la manière dont les OPJ ont l'habitude de travailler au quotidien, pèse lourdement contre la pratique qui consisterait à différer les actes. La rédaction systématique des procès-verbaux au moment des investigations est un gage d'efficacité, un gain de temps et un non-effort de mémoire contrairement à une pratique d'évitement.

Ensuite, toute manœuvre consistant à antidater un procès-verbal est susceptible d'être poursuivie pour faux en écriture publique et de faire annuler une partie de la procédure. C'est un bien grand risque à prendre pour maintenir une procédure secrète.

Enfin, il leur est difficile de justifier de l'audition du gardé à vue à propos de preuves non constatées par procès-verbal au moment de l'interrogatoire. Au contraire, dans une telle hypothèse, les OPJ fourniraient eux-mêmes les preuves de leur mauvaise foi.

Finalement, de nombreux éléments militent en faveur d'une participation passive des enquêteurs à la communication du dossier. La retarder exigerait de leur part des efforts supplémentaires pour un résultat médiocre et risqué.

---

<sup>125</sup> Art. 63-1 *in fine* du C. pr. pén., la Loi n° 2002-307 du 4 mars 2002, art. 3, a accordé un délai de trois heures aux enquêteurs pour procéder aux formalités des droits de la défense.

<sup>126</sup> Cf. *infra* n°522 et s.

<sup>127</sup> Cf. *supra* n°502 et s.

## B – Aux besoins de la défense

**521.** Pour répondre aux besoins de la défense, l'exercice du contradictoire se manifeste par un accès au dossier (1), et par la délivrance d'une copie de la procédure. Toutefois, en raison des difficultés pratiques inhérentes à la demande de copie pendant l'enquête (2), nous proposons une alternative qui prend en compte à la fois les besoins de la défense et les contraintes de l'accusation : il s'agit des développements du dossier électronique (3).

### 1) Les modalités d'accès au dossier

**522.** Les modalités d'accès au dossier par la défense varient au cours de la phase d'enquête et en fonction de la personne qui en fait la demande. Elles sont plus souples pour l'avocat que pour le gardé à vue, mais elles partagent des limites communes : les contraintes policières.

Pour les policiers, le libre accès de l'avocat au dossier doit devenir une diligence naturelle de l'enquête. En qualité de défenseur et d'auxiliaire de justice, il a le devoir de conseiller et d'assister au plus près les intérêts de son client en toute connaissance de cause. Ce travail de conseil au service de la défense repose entièrement sur l'accès au dossier.

Cette situation n'est pas totalement nouvelle. La question de l'accès à la procédure s'est déjà posée auparavant, lors de l'entrée de l'avocat dans le cabinet du juge d'instruction. Elle se reproduit dans les mêmes termes en ce qui concerne l'enquête. Plutôt que d'inventer une nouvelle procédure, nous avons fait le choix de transposer à l'enquête une méthode qui a déjà fait ses preuves : celle prévue à l'article 114 du Code de procédure pénale. L'avocat de la défense accède au dossier d'enquête selon le même protocole et les mêmes restrictions qu'à l'instruction.

Ainsi, il dispose d'un libre accès au dossier pendant toute la durée de l'enquête dans les limites du bon fonctionnement des services de police et de gendarmerie. De la même manière, les principes énoncés par la chambre criminelle en matière d'instruction s'appliquent à l'enquête : « *la procédure mise à la disposition du conseil doit, à peine de nullité, être complète et porter sur toutes pièces de la procédure en l'état où elle se trouve au moment où a lieu la communication* »<sup>128</sup>. Concrètement, cela signifie que l'avocat a accès aux procès-verbaux versés au dossier, et non à ceux en cours d'exécution<sup>129</sup> ou nécessaires aux investigations<sup>130</sup>. Ces réserves, également applicables au gardé à vue, s'expliquent parfaitement au regard de l'efficacité des investigations. La communication du dossier informe la défense sur la teneur des preuves à charge, elle n'a pas pour but ou effet pervers de paralyser l'enquête. Cette non communication partielle de pièces du dossier pour des raisons

<sup>128</sup> Cass. crim. 03 août 1935. DP 1937, I, n°94, note Leloir ; Cass. crim. 28 juillet 1958, Bull. crim. n°589.

<sup>129</sup> Par définition, les recherches en cours ne font pas encore l'objet d'un procès-verbal. Et il serait irréaliste et invraisemblable de prescrire à un OPJ d'arrêter les investigations en cours ou la rédaction de son procès-verbal au nom des droits de la défense.

<sup>130</sup> Il peut arriver que l'enquêteur ait besoin de procès-verbaux ou des résultats d'une réquisition pour poursuivre ses investigations. A titre d'exemple, les résultats d'une réquisition bancaire ou en téléphonie engendrent généralement d'autres recherches afin d'identifier des mouvements financiers ou des correspondants. Pour ce faire, les enquêteurs utilisent les pièces du dossier.

matérielles et de recherches ne porte pas atteinte au principe du contradictoire et aux droits de la défense dans la mesure où elle se justifie par une nature conjoncturelle. Le principe de libre accès à la procédure pendant la phase d'enquête efface ces éléments irréductibles de non contradiction.

En pratique, l'avocat accède à la copie du dossier après avoir été constitué défenseur du gardé à vue. Il n'existe pas de lieu spécifique réservé à la lecture de la procédure. À l'image des conditions matérielles de lecture au sein des Palais de justice<sup>131</sup>, dans l'enceinte du commissariat ou de la gendarmerie, l'avocat prend connaissance du dossier où il peut. La durée et la multiplication des lectures sont libres dans les limites du bon fonctionnement du service et de la durée de l'enquête.

**523.** L'accès au dossier par le gardé à vue exige, en revanche, davantage d'encadrement<sup>132</sup>. De par son statut, l'intéressé n'est pas libre de le consulter comme il l'entend. L'exercice des droits de la défense ne doit pas entraver le cours des auditions et des investigations, sous peine de rendre inefficace la mesure de contrainte. Ce droit ne doit pas être un prétexte pour le gardé à vue de différer *sine die* son audition devant les OPJ, ou toutes autres investigations nécessitant sa présence. Pour les mêmes raisons qu'il n'a pas la possibilité de subordonner son audition devant les enquêteurs à l'entretien préalable avec son avocat<sup>133</sup>, il ne peut soumettre son audition à la consultation de son dossier.

D'un autre côté, les diligences processuelles des OPJ ne doivent pas retarder ou empêcher – sans raison légitime – l'accès à la procédure. Si les OPJ gardent la maîtrise de l'enquête et de la garde à vue sous le contrôle du ministère public, il ne leur appartient pas de déterminer discrétionnairement le moment, la durée et les conditions réelles d'accès à la procédure. Afin de concilier les impératifs partisans et les intérêts de chacun, le droit d'accès au dossier doit bénéficier d'un encadrement formel relativement souple pour convenir aux contraintes de la mesure.

**524.** En premier lieu, la détermination du moment de la consultation du dossier peut s'avérer stratégique. Selon le type d'enquête<sup>134</sup>, il est opportun de prendre connaissance des charges en début ou en fin de garde à vue. Mais, à qui revient ce choix ? Légalement, il appartient au législateur de fixer le cadre de ce droit. Il peut parfaitement en prescrire l'exercice dès la première, ou à la dernière heure de la garde à vue. Toutefois, cette prescription *in abstracto*, sous prétexte d'être efficiente parce qu'elle est formellement inscrite dans la loi, ne tient pas compte de la nature de l'infraction, des contraintes du terrain et des besoins de la défense.

Par ailleurs, il est difficile de laisser ce choix à la discrétion d'un enquêteur dans le sens où il s'agit tout de même d'exercer un droit de la défense. Nonobstant toute mauvaise intention de

---

<sup>131</sup> Cf. supra n°282.

<sup>132</sup> Hypothèse dans laquelle, le gardé à vue n'a pas sollicité l'assistance d'un avocat, mais a demandé à avoir accès à la procédure. Cf. supra n°512.

<sup>133</sup> « Aucune disposition légale n'impose au policier de différer l'audition d'une personne gardée à vue dans l'attente de l'arrivée de l'avocat assurant l'entretien prévu par l'article 63-4 du code de procédure pénale ». Cass. crim. 13 décembre 2006. Pourvoi n°05-87606.

Disponible sur : <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/Visu?cid=147140&indice=2&table=CASS&ligneDeb=1> [consulté le 08/07/2007]

<sup>134</sup> Pour les infractions de voie publique, il est plus opportun pour un gardé à vue de solliciter l'accès à son dossier en fin de mesure qu'au début, car au commencement de la procédure, le dossier est vide (il contient seulement le procès-verbal d'interpellation). En revanche, pour les infractions plus complexes telles que les infractions économiques et financières, où le dossier est généralement constitué en amont de l'arrestation, le gardé à vue a davantage à le consulter *ab initio*.

l'OPJ, la gestion du temps pour les enquêteurs n'est pas celle de la défense. Et le choix du policier ne serait que trop rarement en adéquation avec celui du mis en cause.

Aussi, nous semble-t-il assez naturel et légitime de laisser ce choix au gardé à vue. Il doit pouvoir être libre de l'exercer au moment où il le souhaite, et notamment lors de l'entretien avec son avocat. L'exercice simultané de ces deux droits de la défense satisferait toutes les parties. Pour l'accusation, elle réalise un gain de temps et de personnel de surveillance<sup>135</sup>. Pour la défense, c'est tout simplement une « *fenêtre de procès équitable* » au cœur de la garde à vue. Elle dispose enfin des moyens nécessaires à l'accomplissement de sa mission de conseil et d'assistance.

Et pour satisfaire aux contingences pratiques inhérentes à la garde à vue, il est toujours possible d'accorder aux enquêteurs un délai d'exécution – de trois heures – à compter de la demande pour répondre à la requête du mis en cause.

**525.** En second lieu, la durée de consultation du dossier est nécessairement limitée dans le temps, dans la mesure où elle s'inscrit dans une garde à vue, strictement circonscrite à vingt-quatre heures. De plus, la marge de manœuvre de la défense est réduite parce que la communication du dossier s'inscrit dans un emploi du temps déjà bien chargé.

La garde à vue se subdivise en trois sous-groupes de durées fluctuantes et inégales.

À titre principal, elle comprend les actes d'investigation. La garde à vue est avant tout une mesure de police contraignante ayant pour but de prouver et d'imputer les faits délictueux à la personne retenue. À ce titre, les enquêteurs procèdent à de nombreuses investigations en présence ou en dehors de l'intéressé telles que les auditions, les perquisitions, les saisies, la recherche d'antécédents dans les fichiers, les prélèvements d'empreintes digitales et ADN, les photos, les vérifications des dires... La durée des recherches varie en fonction de nombreux facteurs, mais le temps qui leur est consacré reste immuable. Ni en théorie, ni en pratique, il n'est envisageable d'imputer le délai de consultation du dossier sur celui des investigations.

Ensuite, la garde à vue se compose de l'exercice des droits de la défense, un groupe relativement récent qui tend à s'accroître. Dans les trois heures, à compter de la notification de placement en garde à vue, les enquêteurs procèdent aux diligences pour satisfaire à la mise en œuvre des droits de la défense. Le gardé à vue dispose d'un temps limité pour exercer ses droits<sup>136</sup>, sur lequel la durée de consultation du dossier ne peut pas s'imputer tellement la durée d'exercice est restreinte, sauf à se confondre avec l'entretien avec l'avocat<sup>137</sup>.

Enfin, la garde à vue intègre des périodes "neutres". Il s'agit des temps de repos<sup>138</sup> du gardé à vue entre les investigations. Le législateur n'a pas souhaité encadrer strictement les temps d'audition et de repos du gardé à vue. L'article 64 du Code de procédure pénale précise uniquement que « *Tout officier de police judiciaire doit mentionner sur le procès-verbal d'audition de toute personne gardée à vue la durée des interrogatoires auxquels elle a été soumise et des repos qui ont séparé ces interrogatoires, [et] les heures auxquelles elle a pu*

<sup>135</sup> La simultanéité des droits dispense les enquêteurs d'auditionner l'intéressé pendant seulement 30 minutes au lieu d'une heure, dans l'hypothèse où il les exerce successivement. Cette remarque prend toute son ampleur lorsque l'on connaît l'importance de la gestion du temps en garde à vue. Par ailleurs, dans l'hypothèse où l'intéressé souhaite consulter seul son dossier, même s'il accède à la copie – et non à l'original – de la procédure, la consultation s'effectue sous la surveillance d'un OPJ.

<sup>136</sup> Le droit de prévenir un tiers, de consulter un médecin et de discuter avec un avocat durent respectivement le temps d'un coup de téléphone, d'une consultation médicale et un entretien de 30 minutes.

<sup>137</sup> Cf. supra.

<sup>138</sup> L'utilisation de la litote "temps de repos" par le législateur correspond dans la réalité au placement de l'intéressé dans une cellule de garde à vue. Vu les conditions d'aménagement spartiates, les conditions d'hygiène déplorables et les contingences pratiques des lieux et des procédures (plusieurs personnes dans une cellule, les aller et retour des personnes, le bruit...), il serait plus juste de qualifier ces périodes de temps sans investigation.

*s'alimenter* [...] ». Dans la pratique, les policiers essaient autant que possible de respecter une période de repos de huit heures continues, la nuit, et les heures de repas. Ces périodes de repos qui fluctuent en fonction de l'heure de placement en garde à vue, de l'importance de l'infraction reprochée et du nombre d'investigations à procéder, constituent une "réserve de temps" disponible sur laquelle il est possible d'imputer la durée de la communication du dossier.

**526.** Déjà en 1993, puis en 2000, lors de la mise en œuvre des droits de la défense en garde à vue, les praticiens ont naturellement procédé à un réaménagement des périodes. Ils ont abaissé les durées de repos afin de libérer du temps pour permettre l'exercice des droits de la défense. Mais cet ajustement n'était pas exclusif. Il se conjugait avec un autre phénomène : l'allongement de la durée moyenne des gardes à vue.

Toutes les gardes à vue ne se terminent pas à l'issue des vingt-quatre heures écoulées. Nombreuses sont celles qui se prolongent au-delà, et plus nombreuses encore sont celles qui s'achèvent en deçà des vingt-quatre heures. Si bien qu'une garde à vue qui durait 15 heures avant 1993, dure aujourd'hui 16 ou 17 heures avec l'exercice des droits de la défense. Ce phénomène n'a pas fait l'objet d'études particulières, et il ne se fonde pas directement sur des statistiques<sup>139</sup> mais sur les avis de nombreux praticiens policiers et magistrats<sup>140</sup>.

Face à ce constat prétorien et mécanique de l'augmentation de la durée des gardes à vue, la limitation de la consultation du dossier fixée à trente minutes répond, d'une part, à une préoccupation de contrôle de la durée de la garde à vue et, d'autre part, correspond intentionnellement à la durée de l'entretien avec l'avocat.

En effet, la concordance des délais d'exercice des droits se fonde sur une constatation quotidienne de la pratique. À l'instruction, à l'audiencement comme à l'approche de l'audience pénale, l'accès à la procédure par le mis en cause s'effectue quasi systématiquement par l'intermédiaire d'un avocat qui fait œuvre de pédagogie dans la compréhension du dossier et de ses enjeux<sup>141</sup>. En réalité, rares sont les demandes d'accès au dossier par l'intéressé lui-même.

Pourquoi en serait-il autrement pendant la garde à vue ? Dans une telle hypothèse, il est fort probable que cette pratique s'applique également à cette mesure policière. Il n'en demeure pas moins que le gardé à vue est entièrement libre d'exercer ce droit en dehors de l'entretien avec son avocat.

En conséquence, le principe de la liberté pour l'avocat et le principe de l'encadrement pour le gardé à vue dans l'exercice du droit d'accès au dossier répondent parfaitement aux besoins de

---

<sup>139</sup> Il n'existe pas de statistiques sur la durée moyenne des gardes à vue. A défaut, il est comptabilisé le nombre de gardes à vue supérieures à 24 heures. Entre 1999 et 2005, le nombre de gardes à vue croît de 16,8 % pendant que sur la même période, le nombre de mesures supérieures à 24 heures connaît une croissance de 65 %, en passant de 56 864 à 93 854 unités. Ces chiffres illustrent l'allongement de la durée moyenne de la garde à vue, mais il serait erroné de croire que l'exercice des droits de la défense en est la cause exclusive. D'autres facteurs participent à cette augmentation tels que l'accroissement des pouvoirs d'enquête qui allonge en proportion la durée des actes de recherche, ou encore l'extension du champ d'application pénal des gardes à vue spéciales. in *Aspects de la criminalité et de la délinquance constatés en France*, Ed. La Documentation française de 1999 à 2005.

Disponible sur : [http://www.interieur.gouv.fr/sections/a\\_la\\_une/publications/criminalite](http://www.interieur.gouv.fr/sections/a_la_une/publications/criminalite) [consulté le 08/07/2007]

<sup>140</sup> Entretien informel avec des magistrats du parquet et de l'instruction de Nantes, Rennes, Paris, les Sables d'Olonne et des policiers et gendarmes.

<sup>141</sup> Cf. supra n°257 et s.

la défense sans pour autant porter atteinte – de quelque manière que ce soit – à l’efficacité de l’accusation<sup>142</sup>.

## 2) Une copie du dossier problématique

**527.** La délivrance d’une copie du dossier à la défense est une autre manifestation du principe du contradictoire qui découle directement du droit d’accès à la procédure. Alors que ce dernier répond à un besoin d’information dans l’urgence, le droit à la copie du dossier satisfait davantage au besoin de réflexion de la défense. C’est un élément de confort essentiel dans le travail quotidien de l’avocat. Il lui permet d’être indépendant à l’égard du fonctionnement d’un service, des horaires d’un greffe, et des conditions de travail difficiles au sein d’un commissariat pour préparer une défense. L’exercice de ce droit est par conséquent une garantie qui participe qualitativement à la construction de la défense, lorsqu’il est encore temps d’agir, c’est-à-dire avant l’orientation du dossier par le magistrat du parquet. Mais à qui appartient-il de réaliser une copie du dossier ?

**528.** *A priori*, l’OPJ est la personne la plus à même à en exercer la charge. Il est à l’origine de la procédure, il détient matériellement le dossier, et il a une parfaite connaissance de son état d’avancement. En outre, il dispose des moyens de reproduction nécessaires à sa réalisation puisqu’il lui appartient déjà d’en établir une copie conforme qu’il joint à la procédure originale. En conséquence, la réalisation d’une copie supplémentaire n’apparaît pas comme une surcharge de travail insurmontable pour l’enquêteur.

Seulement, en pratique, cette nouvelle diligence peut s’avérer relativement lourde dans l’emploi du temps déjà surchargé de l’OPJ.

On constate que les demandes judiciaires de copies portent moins sur les simples dossiers avec un seul mis en cause que sur les dossiers complexes ou mettant en cause plusieurs personnes. Ce phénomène est parfaitement logique et en adéquation avec le travail de conseil<sup>143</sup>. La taille du dossier est généralement l’élément qui détermine la demande de copie. Aussi est-il vraisemblable de penser que le constat observé auprès des demandes de copies judiciaires se vérifie également auprès des demandes dans le courant de l’enquête. Et dans cette hypothèse, si l’OPJ dispose du temps et des moyens nécessaires pour effectuer une copie de quelques pièces, il est certain que ni les commissariats, ni les gendarmeries ne disposent du temps, du personnel et des crédits nécessaires – à l’image de l’institution judiciaire<sup>144</sup> – à la reproduction de dossiers volumineux.

---

<sup>142</sup> Si l’on considère l’hypothèse de l’exercice simultané du droit à s’entretenir avec un avocat et du droit d’accès au dossier comme raisonnable et potentiellement forte statistiquement en raison des intérêts en jeu pour la défense, l’impact de ce nouveau droit pour les enquêteurs est inversement proportionnel à celui de la défense.

<sup>143</sup> La copie d’un dossier est inutile lorsqu’il est simple, de part la reconnaissance des faits, l’infraction simple, la taille du dossier ou le nombre de personnes renvoyées ne dépasse pas deux individus. Plusieurs lectures suffisent pour en apprécier les enjeux et la stratégie à adopter. En revanche, la copie s’avère quasiment indispensable pour les dossiers complexes qui tiennent à la nature de l’infraction, à la multiplicité des auteurs ou victimes, et surtout au nombre de côtes contenues dans le dossier.

<sup>144</sup> Au sein de chaque juridiction judiciaire, il existe un service dédié spécifiquement à la copie des dossiers. Un tel dispositif en matériel et en personnel n’est pas applicable au sein des forces de l’ordre en raison de leur trop grande disparité géographique sur le territoire national. V. Décret n°2001-689, du 31 juillet 2001 ; SJ 2001-05 B3, Circ. du 03 août 2001, BOMJ n°83 sur la délivrance des copies des pièces pénales.

Ensuite, la copie du dossier peut se révéler impossible en raison du caractère d'extranéité de la procédure vis-à-vis du ressort judiciaire<sup>145</sup>. Lors du démantèlement d'un réseau ou d'une bande organisée, les interpellations peuvent s'effectuer sur l'ensemble du territoire français, voire à l'étranger. Le service de police ou de gendarmerie en charge de l'enquête est libre de réaliser toutes les investigations nécessaires dans les limites du ressort géographique où il est territorialement compétent. En dehors de celui-ci, en raison du lieu de l'arrestation ou de la commission d'une infraction, il est dans l'obligation de déléguer au service territorialement compétent la réalisation des actes d'investigation qui figureront plus tard au dossier. En attendant le regroupement des différentes procédures au sein d'un seul et même dossier, sa reproduction – comme sa consultation par la défense – est impossible<sup>146</sup>. Seule une reproduction partielle<sup>147</sup> du dossier est envisageable.

Enfin, l'OPJ doit effectuer la copie avec diligence. L'avocat doit en disposer dans les plus brefs délais et impérativement avant la clôture de l'enquête. Cette exigence de célérité est primordiale pour la défense parce qu'elle doit disposer de suffisamment de temps pour prendre connaissance du dossier, en évaluer les imperfections et solliciter éventuellement l'accomplissement d'actes d'investigation complémentaires<sup>148</sup>. Or, en pratique, la copie du dossier est loin d'être une des priorités de l'enquêteur. En général, la copie certifiée conforme à l'original s'effectue en fin de procédure. En l'espèce, on exige de l'OPJ qu'il intègre cette diligence parmi ces priorités d'investigation<sup>149</sup>. Une telle demande est difficilement acceptable. Outre le surplus de travail, les diligences de la défense entrent directement en concurrence avec celles de l'enquête.

### 3) Les développements du dossier électronique

**529.** La mise à disposition d'une copie du dossier à la demande de la défense pose définitivement problème. La solution qui consisterait à transférer une partie du personnel et du matériel du service de reprographie des juridictions vers les services de police et de gendarmerie n'est pas viable en raison de leur nature décentralisée<sup>150</sup>.

De même, il est difficile d'imaginer l'avocat, et encore moins le mis en cause – lorsqu'il n'a pas sollicité l'aide d'un conseil – procéder lui-même à la photocopie de la procédure au sein du commissariat ou de la gendarmerie. Faut-il alors renoncer à cette manifestation du contradictoire ?

Il existe une solution qui satisfait à la fois aux besoins de la défense et respecte les impératifs de l'enquête : la dématérialisation du dossier, à savoir une transcription numérique du dossier, identique dans son contenu à sa version papier. Elle ne constitue ni un particularisme innovant

---

<sup>145</sup> Le caractère d'extranéité de la procédure qui se matérialise par un dossier atomisé en plusieurs lieux géographiques se pose également à l'égard de l'exercice du droit d'accès au dossier. V. **SCHWENDENER**, Marc. *Quelle place pour la garde à vue dans la procédure pénale ?* AJ Pen. 2006, n°9, p.346.

<sup>146</sup> Cette hypothèse pose effectivement problème si l'on considère la procédure papier. En revanche, avec le développement du dossier informatique via le réseau Intranet, la dématérialisation du dossier s'affranchit totalement des contraintes géographiques. Cf. infra.

<sup>147</sup> C'est-à-dire la partie du dossier matériellement à disposition de l'OPJ en fonction du lieu où la personne détenue ou son avocat en fait la demande.

<sup>148</sup> Cf. infra Chapitre 2.

<sup>149</sup> Dans l'hypothèse d'une enquête qui perdure après la garde à vue du mis en cause, l'avocat peut demander la copie du dossier à l'issue de cette mesure puis le complément des investigations au moment où l'enquête va être clôturée.

<sup>150</sup> On dénombre 181 TGI et 35 Cour d'appel pour des milliers de gendarmeries et postes de police.



au niveau national<sup>151</sup> ni une innovation technologique au plan européen<sup>152</sup>. Mais jusqu'à présent, elle a fait l'objet d'un exercice relativement confidentiel<sup>153</sup> alors que son coût est quasiment nul, et ses possibilités d'application très étendues.

Le système informatique est aujourd'hui un outil incontournable pour l'ensemble de la chaîne pénale. La généralisation du parc informatique dans les services de police, de gendarmerie et de la justice pendant les années quatre-vingt-dix a matériellement révolutionné la manière de travailler des acteurs du système pénal. De l'enquêteur au surveillant de prison, de l'éducateur

---

<sup>151</sup> De 2002 à aujourd'hui, 35 projets de numérisation de dossier concernant près d'une cinquantaine de juridictions ont été soumis à la direction des services judiciaires. Ces projets répondent à une double problématique :

- faciliter la réalisation de copies de procédures pénales, par un allègement de toutes les tâches nécessaires à la production des copies (recherche des documents, transport, photocopie...);
- aider à l'appropriation du dossier et à la prise de décision par les magistrats.

Sur les 35 projets, huit ont fait l'objet d'un financement, sept d'un refus ou d'un abandon par leur concepteur, les autres, pour la plupart datés de 2005 et 2006, ont été mis en réserve dans l'attente des dispositions sur la numérisation qui viennent d'être fixées par la circulaire du garde des Sceaux en date du 9 octobre 2006 relative à la numérisation. in Rapport sur la dématérialisation de la chaîne pénale. Nov. 2006, p.10.

Disponible sur : [http://www.audits.performance-publique.gouv.fr/bib\\_res/786.pdf](http://www.audits.performance-publique.gouv.fr/bib_res/786.pdf) [consulté le 08/07/2007]

<sup>152</sup> La mise en réseau de l'information et la numérisation des procédures sont deux axes de développements privilégiés par le Royaume-Uni, l'Irlande, l'Italie, les Pays-Bas, la Suisse et le Québec.

Mais le pays le plus avancé en la matière est définitivement la Belgique avec un projet de dématérialisation complète du dossier.

Le ministère de la Justice Belge s'est lancé dans un ambitieux plan d'informatisation de la justice depuis fin 2001 (projet PHENIX) posant comme principe qu'un dossier électronique est créé pour chaque affaire dès le début de la procédure judiciaire.

Il est prévu que ce dossier soit progressivement enrichi des données apportées aussi bien par ceux qui gèrent le dossier que par ceux qui y apportent des éléments complémentaires : policiers, huissiers, avocats, experts judiciaires, parties elles-mêmes.

Plusieurs lois ont été promulguées pour asseoir ce projet et des structures ad hoc ont été mises en place pour en suivre la réalisation. La consultation du dossier électronique au cours de l'instruction sera possible à partir du greffe du ou d'un autre tribunal, voire d'un établissement pénitentiaire, avec des systèmes de reconnaissance des consultants.

La transmission des procès-verbaux de police pourra se faire par voie électronique, chaque fonctionnaire rédacteur devant disposer d'une signature totalement sécurisée. Il sera par contre indispensable que les personnes auditionnées signent une version papier de leur audition, qui sera conservée et dont il sera fait mention dans le dossier électronique. *ibid. idem. V. également. En Finlande le "New Act on criminal procedure" est entré en vigueur, le 1er octobre 1997. En l'an 2000 a été conçu un système informatisé de gestion des événements de la procédure ; des liens ont été développés avec le système d'information de la Police Judiciaire. Une nouvelle phase débute en 2007 avec l'intégration des décisions de justice et la constitution d'un « entrepôt de données » où seraient également gérés les contenus (Système SAKARI).*

Disponible sur : [http://www.ncsconline.org/WC/Publications/KIS\\_EIFileCTC7EIFileScholar.htm](http://www.ncsconline.org/WC/Publications/KIS_EIFileCTC7EIFileScholar.htm) [consulté le 08/07/2007]

<sup>153</sup> Depuis 2000, les juges d'instruction dispose d'un logiciel (IAO) qui leur permet de traiter les dossiers volumineux.

L'IAO (Instruction Assistée par Ordinateur) est un logiciel entièrement réalisé par les services informatiques du ministère de la justice en 2000 sur la base de préconisations énoncées par un groupe de travail constitué de juges d'instruction. Sa particularité n'est pas technique mais tient au fait qu'il a été développé spécifiquement pour les juges d'instruction.

Les avantages attendus de ce produit résident en sa capacité à offrir au juge d'instruction, en prise avec une procédure volumineuse et complexe, une aide à l'analyse et au traitement, après numérisation, assurée par un poste dédié auquel est connecté un scanner de production, et indexation des pièces. *ibid. idem.*

C'est justement dans ce cadre particulier de dossiers volumineux que les avocats ont eu accès pour la première fois à une copie numérique du dossier. Toutefois, ils ne bénéficient toujours pas du logiciel de traitement des données IAO. V. **BENSOUSSAN**, Alain. " *Égalité des armes* " ou le partage de la gestion électronique des dossiers d'instruction. *Gaz. Pal.* du 21 janvier 1999, p.122

à l'agent de probation en passant par les magistrats, tous l'utilisent quotidiennement pour rédiger un procès-verbal, un rapport, ou encore une décision de justice.

Au niveau de l'enquête, chaque procès-verbal d'audition, de constatation ou de notification des droits, inscrit dans la procédure, n'est rien d'autre qu'une reproduction papier d'une saisie informatique préalable. La version électronique du dossier préexiste à sa transcription papier. Sur la base de ce constat de sous-exploitation du dossier numérique d'une part, et des besoins impérieux de la défense à prendre connaissance du dossier dans les temps de l'enquête, d'autre part, la transmission par l'OPJ du dossier numérique à la défense au moyen d'un courriel sécurisé, apparaît comme la solution la moins onéreuse, la moins "chronophage" et surtout d'une efficacité redoutable.

**530.** Le transfert du dossier électronique nécessite pour l'ensemble des barreaux le développement de plates-formes informatiques sécurisées.

Or, aujourd'hui, tous les barreaux n'en bénéficient pas. Il faut reconnaître que la profession d'avocat tarde un peu à rattraper son retard technologique eu égard à la résistance de la frange traditionnelle des avocats et au montant de l'investissement<sup>154</sup>. Cet état de fait n'en demeure pas moins paradoxal puisqu'elle en serait la première bénéficiaire en termes de facilité et d'efficacité dans le travail. Elle a tout intérêt à intégrer "l'ère numérique", au lieu de cela, elle peine à sa mise en œuvre. Néanmoins, l'Intranet barreau se développe et s'étend progressivement au fil des expériences pilotes.

Au plan technique et informatique, la mise en œuvre d'un tel réseau ne pose aucune difficulté particulière. Le 10 décembre 2004, lors d'une assemblée générale, le Conseil national des Barreaux a approuvé la mise en place d'un "réseau privé virtuel des avocats" (RPVA) ou l'Intranet des avocats<sup>155</sup>.

Depuis, une convention cadre nationale a été signée le 4 mai 2005 par le Ministre de la Justice et le président du Conseil National des Barreaux sur la communication électronique<sup>156</sup> entre les TGI et les avocats qui définit une connexion unique du réseau avocat au réseau Intranet Justice. Cette convention a fait l'objet d'un décret d'application<sup>157</sup> qui modifie la procédure

---

<sup>154</sup> Un budget de 900 000 euros. in **MARIANI**, Jean-Philippe. *Intranet CNB. Des interrogations demeurent*. La lettre du SAF, oct. 2005 p.35.

<sup>155</sup> **MARIANI**, Jean-Philippe. op. cit. Pour l'auteur, il n'est pas certain que le choix d'un Intranet avocat soit justifié au plan de la sécurité des données et du coût financier par rapport à la solution alternative d'un portail sur l'Internet grand public mais en HTTPS (Internet sécurisé).

<sup>156</sup> Mise au point entre juin 2004 et mars 2005, cette convention est l'aboutissement des travaux soutenus par les représentants des barreaux (CNB, conférence des bâtonniers, UNCA, barreaux de Paris et de Grenoble), les représentants des juridictions (TGI d'Alès, du Havre, de Lille, de Marseille, de Metz et de Paris) et les services de la Chancellerie.

La convention cadre fixe l'architecture technique du système et tous les aspects pour la sécurité de « e-barreau ». Mais surtout elle circonscrit la communication électronique autour de trois fonctions :

- la consultation des dossiers des affaires du greffe et des registres d'audience ;
- l'échange par courriers électroniques d'informations non structurées et documents électronique ;
- l'échange de messages structurés relatifs à des données concernant la procédure ordinaire depuis la saisine du tribunal jusqu'à l'ordonnance de clôture.

Le 21 septembre 2005, l'opération pilote a été officiellement lancée sur le site du TGI de Lille. D'ici la fin de l'année 2005, la communication électronique entre les barreaux et les TGI sera mise en place à Marseille et à Alès, le tout dans l'objectif de son développement ultime.

Disponible sur : <http://www.avocat-conseil.fr/rpva/faces/public/anonymous> [consulté le 08/07/2007]

Disponible sur : [http://www.thematiques.modernisation.gouv.fr/chantiers/283\\_62.html](http://www.thematiques.modernisation.gouv.fr/chantiers/283_62.html) [consulté le 08/07/2007]

<sup>157</sup> Il est inséré au titre XIX du livre 1<sup>o</sup> du NCPC, un article 729-1 : « *Le répertoire général, le dossier et le registre peuvent être tenus sur support électronique* ».

Un nouveau titre XXI est ajouté sur « *La communication par voie électronique.* »

civile et consacre le recours à la communication par voie électronique avec les avocats, les avoués<sup>158</sup>, les huissiers de justice<sup>159</sup> et les experts<sup>160</sup>. La justice civile n'est pas la seule à adapter ses procédures aux progrès technologiques. À l'initiative du Conseil d'État une plateforme de communication a été mise en œuvre pour permettre aux avocats de consulter l'état d'avancement de leur dossier devant les Tribunaux administratifs et les Cours administratives d'appel<sup>161</sup>. De même, l'administration fiscale étudie sérieusement ces nouvelles procédures au regard de son champ d'application<sup>162</sup>.

Pour l'instant, les juridictions pénales ne sont pas concernées par cette révolution numérique. Néanmoins, cet outil demeure parfaitement adapté aux procédures pénales, et notamment au nouveau système de gestion de la chaîne pénale – désigné sous l'acronyme CASSIOPEE<sup>163</sup> – qui équipera l'ensemble des juridictions dans le courant de l'année 2008.

En effet, le système "Cassiopée"<sup>164</sup> « s'inscrit dans une nouvelle stratégie de système d'information définie dans le schéma directeur des systèmes d'information et des

---

Les articles 748-1 à 748-6 définissent le champ d'application. Plus spécialement, il est précisé à l'article 748-6 que : « les procédés techniques utilisés doivent garantir, dans des conditions fixées par arrêté du Garde des sceaux, ministre de la justice, la fiabilité de l'identification des parties à la communication électronique, l'intégrité des documents adressés, la sécurité et la confidentialité des échanges, la conservation des transmissions opérées et permettre d'établir de manière certaine la date d'envoi et celle de la réception par le destinataire. »

<sup>158</sup> La connexion avec la plateforme des avoués à la Cour en cours de réalisation devrait permettre de transmettre les projets de conclusions par le RPVA et accéder au portail des avoués et suivre le calendrier de procédure en cause d'appel devant la Cour. *ibid.* *idem.* p.35.

<sup>159</sup> Les Huissiers de justice comme les avoués ne sont pas restés inactifs. Il faut ici noter que le Décret n° 2005-972 du 10 août 2005 organise une avancée en matière d'utilisation de la voie électronique pour la signification des actes. *ibid.* *idem.* p.35.

<sup>160</sup> La liaison avec les experts judiciaires est également envisagée et il sera prévu de pouvoir gérer toutes les demandes incidentes liées aux opérations d'expertise judiciaire relevant de la compétence du juge en charge du contrôle et du suivi des expertises, de la consignation aux différentes observations sollicitées dans le respect du contradictoire. *ibid.* *idem.*

<sup>161</sup> V. Décret n° 2005-222 du 10 mars 2005 relatif à l'expérimentation de l'introduction et de la communication des requêtes et mémoires et de la notification des décisions par voie électronique devant les tribunaux administratifs, les cours administratives d'appel et le Conseil d'État.

<sup>162</sup> Un groupe de travail est en cours de constitution, composé de représentants de l'administration fiscale, de magistrats et d'agents de greffes et d'avocats.

L'application Téléré-Recours en cours d'expérimentation avait été volontairement limitée – le contentieux fiscal de l'assiette en cassation, huit cabinets d'avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation et le bureau T3 de la direction générale des impôts.

Cette application devrait donc dans les prochains mois s'étendre progressivement à l'ensemble des cabinets des Avocats aux Conseils puis une nouvelle phase devrait permettre d'utiliser Téléré-Recours devant le tribunal administratif et la cour administrative d'appel de Paris. *ibid.* *idem.* p.35.

<sup>163</sup> Il s'agit de la Chaîne Applicative Supportant le Système d'Information Orienté Procédure pénale et Enfants.

<sup>164</sup> Le projet Cassiopée est avant tout une approche transversale de la matière pénale couvrant tout le processus de la chaîne pénale de l'enquête à l'exécution des peines, sans oublier la protection des mineurs.

L'application Cassiopée est un système d'information et de gestion qui assure :

- la gestion des dossiers en matière pénale,
- l'enregistrement au parquet des procédures civiles et commerciales,
- le traitement en temps réel,
- le traitement des alternatives aux poursuites, composition pénale, ordonnances pénales et de composition pénale.
- la gestion de la filière des mineurs (parquet et cabinet du juge des enfants y compris les attributions d'assistance éducative et d'application des peines du juge des enfants),
- la gestion des cabinets des juges (juge d'instruction, juge des libertés et de la détention),
- la gestion des audiences,
- l'élaboration des décisions des juridictions de jugement et des pièces associées,
- la gestion des voies de recours,

*télécommunications pluriannuelles prônant la mise en œuvre de technologies communicantes et de clients légers reposant sur Intranet et le réseau sécurisé du Ministère de la justice (RPVJ) »<sup>165</sup>. En d'autres termes, "Cassiopée" révolutionne totalement la méthode de travail des acteurs institutionnels en consacrant la notion de "travail en réseau".*

**531.** Aujourd'hui, la notion de chaîne pénale permet d'appréhender assez justement le processus judiciaire dans son ensemble. Cependant, au quotidien, la mise en état des procédures s'apparente plus à un mode de fonctionnement proche de la pyramide que du réseau. À chaque stade de la procédure, il existe un système autonome et indépendant de celui qui le précède comme de celui qui le suit. Une partie du travail de chaque intervenant est d'apprécier les éléments du dossier apportés par son prédécesseur avant de les saisir à nouveau pour renseigner son propre système informatique. Le fractionnement et la multiplication des saisies de l'information constituent une source de complication et surtout une perte de temps inutile.

Avec l'arrivée de "Cassiopée", la chaîne pénale disposera d'une base logistique commune, un outil fonctionnel adapté aussi bien aux magistrats du parquet qu'aux juges des enfants. Le simple fait de travailler sur un même logiciel n'a cependant qu'un intérêt limité à des économies d'échelle s'il n'est pas possible de partager l'information entre tous les utilisateurs. Les initiateurs du projet l'avaient bien compris ainsi. C'est la raison pour laquelle le nouveau système fonctionne sur le réseau privé Intranet justice et offre toutes les dispositions techniques de rapprochement avec les applications d'enquête telles que "Ardoise" pour la police et "Icare" pour la gendarmerie<sup>166</sup>.

Désormais, de l'OPJ au juge d'application des peines en passant par le parquet et l'audiencement, chacun des intervenants travaille sur le même fichier informatique. Cette possibilité de partager des procédures communes sous forme de fichier sur l'ensemble du territoire national constitue indubitablement une révolution dans la méthode de travail<sup>167</sup>. Vu

- 
- la gestion des requêtes,
  - la gestion des objets placés sous main de justice,
  - la gestion de l'exécution des peines.

Le logiciel comprend notamment les outils suivants : Recherche/consultation intra et interjuridictions, agendas, alertes et relances, système d'édition, production de statistiques et de tableaux de bord de pilotage, archivage électronique.

Les données sont organisées dans un système d'information global dont les normes de codification sont issues du système de référence justice.

Ces normes permettront l'échange d'informations avec le casier judiciaire national, l'application destinée aux juges d'application des peines APPI, les tribunaux de police, le trésor public.

Des travaux interministériels sont en cours pour permettre des échanges de données avec les commissariats de police et les gendarmeries ainsi que l'alimentation des grands fichiers (SNPC, FPR, SCHENGEN, FNAEG...). in Circ. du 03 novembre 2004.

<sup>165</sup> Ibid. idem.

<sup>166</sup> V. Rapport sur la dématérialisation de la chaîne pénale. Nov. 2006, pp.12-24.

Disponible sur : [http://www.audits.performance-publique.gouv.fr/bib\\_res/786.pdf](http://www.audits.performance-publique.gouv.fr/bib_res/786.pdf) [consulté le 08/07/2007]

<sup>167</sup> La mise en réseau de la chaîne pénale à travers l'application Cassiopée va substantiellement accélérer le traitement en temps réel des affaires pénales. Pour l'OPJ, à l'origine de la procédure, le travail de saisie des informations et des procès-verbaux restera inchangé. En revanche, pour l'ensemble des intervenants subséquents, le travail fourni par les premiers bénéficie au reste de la chaîne. A l'instar du dossier papier qui s'enrichit de nouveaux actes à chaque échelon de la procédure, le dossier informatique connaît le même développement sauf que sa mise disposition sur le réseau s'affranchit des temps morts inhérents à la transmission de la procédure papier. Ce système favorise le traitement en temps réel des affaires pénales.

De surcroît, la mise en réseau des procédures permet à tout utilisateur du système de connaître à tout moment, le contenu et l'état d'avancement du dossier. Ainsi, au moment de l'orientation des procédures par le parquet, le magistrat du STD peut parfaitement consulter, même partiellement le contenu du dossier, avant de prendre une quelconque décision. De même, dans notre hypothèse d'accès au dossier par l'avocat dès l'enquête, lorsque un

les bénéfiques escomptés en termes d'économie<sup>168</sup>, de productivité, de gestion des flux et de célérité des procédures, il n'est pas surprenant de compter le ministère de la justice et la chancellerie parmi les principaux artisans du projet. Il s'intègre parfaitement à la politique du parquet ainsi qu'à sa volonté de « *tout traiter sans retard* »<sup>169</sup>.

**532.** Justement, cette mise en réseau du dossier pénal n'est-elle pas une formidable opportunité pour l'avocat d'avoir également accès au dossier – comme tous les autres acteurs institutionnels – à n'importe quel stade de la procédure ?

À l'image des expériences pilotes en matière civile, il est possible d'ouvrir une passerelle entre l'Intranet avocat et l'Intranet justice. La connexion au premier s'effectuant selon une procédure d'authentification sécurisée<sup>170</sup>, il suffit alors au second d'autoriser l'avocat à la consultation, et à la copie du fichier informatique<sup>171</sup>. En pratique, il reviendrait à l'OPJ d'autoriser cet accès à un avocat déterminé par une simple commande du logiciel après s'être constitué dans le dossier.

Ainsi, la demande de copie du dossier par l'avocat est résolue sans qu'elle interfère de quelque manière que ce soit sur l'efficacité de l'accusation. De surcroît, avec l'arrivée prochaine de Cassiopée et la mise en réseau du dossier pénal, c'est le principal argument des opposants à l'accès au dossier par l'avocat pendant l'enquête qui s'effondre. Cette avancée du principe du contradictoire n'est plus une question de moyen en personnel ou en matériel.

Sa mise en œuvre est, désormais, simplement liée à une question d'opportunité politique, donc une question de temps.

---

OPJ soulève une exception en ce qui concerne un acte d'enquête, le JLD pourra en circonscrire ou non l'accès à l'avocat en temps réel.

<sup>168</sup> On estime la dématérialisation à un gain minimum de 34 ETPT (équivalent temps plein travaillé) de greffiers et 711 ETPT administratifs soit 16.5 millions d'euros. Il faut y ajouter les économies en terme de papier. V. Rapport sur la dématérialisation de la chaîne pénale. Nov. 2006, pp.62 et 65.

<sup>169</sup> DANET, Jean. *Justice pénale, le tournant*. Coll. Le Monde actuel, Éd. Gallimard, 2006, pp.123-137.

<sup>170</sup> L'accès à un réseau privé de type Intranet, présuppose la création par le *webmaster* d'un compte utilisateur sur ce réseau. Lors de l'ouverture d'une session de travail, il est demandé à son utilisateur de s'identifier par un *login* et un *password*. Seuls l'intéressé et le responsable du réseau connaissent ces données personnelles.

<sup>171</sup> Par défaut, il suffit de restreindre les droits d'accès de l'avocat à la consultation et à la copie du dossier. Il ne doit pas disposer de pouvoirs de modification du dossier.

## CONCLUSION CHAPITRE 1

**533.** Contrairement à ce que d'aucuns prétendent, l'accès au dossier par la défense pendant l'enquête n'est pas inconcevable, ni juridiquement, ni matériellement. Les opposants à l'instauration du principe du contradictoire pendant l'enquête avancent principalement deux arguments pour justifier leur position : la sauvegarde de l'efficacité de l'enquête et le déficit de moyens dans sa mise en œuvre. Pour le premier, il a été démontré qu'un accès encadré au dossier n'a pas – ou uniquement à la marge – d'incidences sur l'efficacité de l'enquête. Dans tous les cas, cet argument suranné n'apporte pas la preuve de l'existence d'une telle atteinte. Il se contente uniquement d'en présumer l'existence. En ce qui concerne le déficit de moyens pour mettre en œuvre ce nouveau droit, les efforts à consentir en termes de personnel et de matériel sont quasi exclusivement du côté du barreau. La construction du dossier pénal est indépendante de son accès. Seule la mise à disposition de la copie du dossier peut poser problème mais avec le développement prochain du dossier informatique, l'unique effort à consentir pour l'accusation ne sera ni matériel, ni personnel, il sera idéologique et passera par une évolution des mentalités, des habitudes, et l'acceptation de la défense aux côtés du mis en cause.

**534.** En effet, la principale difficulté à laquelle nous sommes désormais confrontés n'est plus juridique. On ne peut la combattre par une démonstration argumentée. Il s'agit des préjugés traditionnels, conservateurs et corporatistes, qui excluent tout mouvement. Ils se caractérisent par un phénomène paradoxal qui exige des réformes sans en accepter les changements et dont il ressort une force d'inertie qui annihile tout mouvement. Est-ce à dire que le développement du principe du contradictoire pendant l'enquête est condamné faute de volonté politique ? Nous ne partageons pas ce point de vue. Néanmoins, nous ne pouvons pas ignorer le contexte mouvementé et défavorable de la politique pénale actuelle. Il est relativement utopique de croire à une réforme – de plus – de la procédure pénale ayant le politique pour principal instigateur. Une telle force législative est inexistante dans le contexte politique actuel. En revanche, l'hypothèse d'une réforme qui entérine une pratique préexistante nous paraît plus vraisemblable. À l'image de l'incidence du photocopieur sur le droit à une copie du dossier<sup>172</sup>, nous pensons que le développement du dossier électronique sur le réseau Intranet favorisera en pratique l'accès au dossier par la défense, et l'autorisera à terme pendant l'enquête. L'accès au dossier par l'avocat pendant l'enquête n'est plus une question de moyens, il devient uniquement une question de temps<sup>173</sup>.

---

<sup>172</sup> Cf. supra n°306.

<sup>173</sup> Audition de P. Truche, président de la commission nationale de déontologie de la sécurité, Premier président honoraire de la Cour de cassation, in Rapport de l'Assemblée nationale n°3125 par P. Houillon du 06 juin 2006 au nom de la Commission d'enquête dans l'affaire dite d'Outreau, t.2, p.1373.

## CHAPITRE 2 – L’Affirmation du principe de l’égalité des armes

« Le bâtonnier Pettiti, qui fut juge à la Cour européenne de droits de l’homme, résumait en une phrase ce que doit être notre mission : « L’avocat est en première ligne pour privilégier, parmi les droits fondamentaux, ceux des droits au procès équitable, comportant l’égalité des armes entre l’accusation et la défense, l’égalité des chances dans l’accès à la justice et la conduite du procès »<sup>1</sup>.

**535.** Les moyens d’intervention de l’avocat de la défense durant la mise en état du dossier pénal, tels que sa présence au cours des auditions, sa participation aux investigations et sa contribution dans l’orientation des procédures, constituent les trois piliers principaux et nécessaires à l’affirmation du principe de l’égalité des armes<sup>2</sup>.

Après avoir constaté de nombreuses carences en matière d’égalité des armes tout au long du procès pénal, et apprécié par ailleurs son importante marge de progression<sup>3</sup> – théorique –, il est désormais permis d’envisager les principales avancées de ce principe en complément de l’accès au dossier<sup>4</sup>.

En premier lieu, les lois du 04 janvier et 23 août 1993, du 15 juin 2000, du 04 mars 2002, du 18 mars 2003 et du 09 mars 2004, circonscrivent l’intervention de l’avocat auprès de la personne gardée à vue à un entretien de trente minutes seulement et selon des modalités relativement strictes<sup>5</sup>. Cet état de fait dénoncé par nombre de praticiens<sup>6</sup> et d’auteurs leur fait

---

<sup>1</sup> Audition de J. Martin, président de la commission pénale de la Conférence des bâtonniers, in Rapport de l’Assemblée nationale n°3125 par P. Houillon du 06 juin 2006 au nom de la Commission d’enquête dans l’affaire dite d’Outreau, t.2, p.1448.

<sup>2</sup> Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme « l’égalité des armes requiert que chaque partie se voie offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire ». CEDH du 27 octobre 1993, Aff. *Dombo beheer c/Pays-Bas*, Série A, n° 274, § 33.

<sup>3</sup> Cf. supra n°374 et s.

<sup>4</sup> En effet, les développements respectifs des principes illustrent parfaitement la nature complémentaire de leurs relations constatée auparavant. L’intervention de l’avocat auprès de son client en garde à vue à un intérêt en soi, mais aussi et surtout, s’il a consulté précédemment le dossier.

<sup>5</sup> Cf. supra n°255 et s.

<sup>6</sup> « Les droits notifiés sont un trompe-l’œil. [...] L’avocat joue un rôle de caution scandaleux puisqu’il peut certes être présent dès la première heure mais n’a aucun accès au dossier, à tel point qu’il peut être perçu par son client comme partie prenante à la mécanique répressive ». Obs. P. de Pas, membre du syndicat de la magistrature, in Rapport de l’Assemblée nationale n°3125 par P. Houillon du 06 juin 2006 au nom de la Commission d’enquête dans l’affaire dite d’Outreau, t.2, p.1442. « La présence de l’avocat est prévue depuis 1993, mais il faut la valoriser car elle s’est jusqu’à présent bornée à de l’assistantat ». Obs. G. Tcholakian, membre du CNB, ibid. idem, p.1451.

dire que l'avocat joue le rôle d'un « *défendeur fonctionnaire* »<sup>7</sup> ou d'un « *visiteur de gardés à vue* »<sup>8</sup>.

Eu égard aux déséquilibres prégnants et aux enjeux substantiels que cette mesure policière recèle, l'exercice du principe de l'égalité des armes exige une présence continue de l'avocat en garde à vue. La justification d'une telle intervention ne pose pas véritablement d'obstacles juridiques ou culturels insurmontables. En revanche, l'effectivité de sa mise en œuvre est principalement conditionnée par des contingences matérielles incontournables. Au surplus, il s'agit de s'interroger pour redéfinir le rôle et déterminer la place de l'avocat au sein de l'institution policière.

En second lieu, l'application du principe de l'égalité des armes lors de la mise en état du dossier pénal exige une participation plus active de la défense. La seule présence de l'avocat est insuffisante. La défense doit pouvoir agir en sollicitant des demandes d'actes d'investigation. Par ailleurs, il convient d'envisager son intervention en amont de l'orientation des procédures. Cette prérogative du ministère public est à la source d'intérêts stratégiques pour la défense. Cette dernière devrait être en mesure de présenter une version contradictoire des faits au représentant du ministère public avant que celui-ci ne décide de l'orientation d'une affaire.

**536.** En conséquence, l'affirmation du principe de l'égalité des armes nous conduit à promouvoir un renouveau des droits de la défense au travers d'une présence continue de l'avocat en garde à vue (SECTION 1) et d'une participation plus active de la défense dans la mise en état du dossier pénal (SECTION 2).

## **Section 1 – La présence continue de l'avocat en garde à vue**

**537.** La présence continue de l'avocat auprès du gardé à vue au cours de la mesure policière est une manifestation du principe de l'égalité des armes appliquée chez nos voisins européens, tandis qu'elle est envisagée dans notre système pénal.

Un nombre important de praticiens et d'auteurs y est favorable. Ils justifient leur position par des fondements légitimes tels que l'équité, les droits de la défense, l'équilibre dans les rapports de force entre les parties au procès. Toutefois, cette manifestation prospective du principe de l'égalité des armes ne résiste pas à la confrontation avec le principe de réalité. Le poids de la tradition policière, le coût financier, les insuffisances des Barreaux en termes de structure, de moyen et de personnel ne permettent pas d'envisager une telle réforme.

Pour garantir une application concrète de ce nouveau droit, nous devons intégrer ces contingences à son exercice, et par conséquent, circonscrire son champ d'application.

Pendant les interrogatoires, pour concilier l'efficacité de l'enquête avec le respect des droits de la défense, l'intervention de l'avocat est nécessairement encadrée. S'il est difficile de subordonner l'audition d'un mis en cause à la présence de son conseil, il est concevable de promouvoir son intervention dès le début de la mesure. Mais quelle est la nature de son intervention ? Pour satisfaire aux intérêts de chacune des parties, nous proposons une liberté d'action mesurée de l'avocat, semblable à son rôle de défenseur devant le juge d'instruction.

---

<sup>7</sup> DUMONTET, Benoît. *L'avocat et la garde à vue : aspects pratiques et critiques*. AJ Pénal. juillet-août 2004, n°7-8, p.278.

<sup>8</sup> Audition de J-L. Pelletier du 19 janvier 2006 in Rapport de l'Assemblée nationale n°3125 par P. Houillon du 06 juin 2006 au nom de la Commission d'enquête dans l'affaire dite d'Outreau, t.1 p.313.



**538.** Ainsi, la présence continue de l'avocat en garde à vue s'entend comme une intervention nécessairement circonscrite (§1) dans son champ d'application et une liberté d'intervention encadrée (§2) quant à sa place et son rôle auprès du gardé à vue.

### § 1 – Une intervention nécessairement circonscrite

**539.** Le principe d'intervention de l'avocat pendant les interrogatoires de police est envisageable au plan juridique et matériel à condition qu'il soit circonscrit. Il est inutile de reconnaître un droit général s'il doit rester apparent et illusoire dans la pratique. Nous préférons intégrer dans sa mise en œuvre l'existence de contingences (A) et faire en sorte qu'il soit efficient. Il en résulte donc un champ d'application choisi (B).

#### A – L'existence de contingences

**540.** La reconnaissance de l'intervention de l'avocat auprès de son client durant la garde à vue présente une position de principe constructive à l'égard des droits de la défense (1). Néanmoins, les contingences processuelles, matérielles et humaines inhérentes à notre système pénal imposent la relativité de sa présence<sup>9</sup> (2).

##### 1) Une position de principe constructive

**541.** L'affirmation de l'égalité des armes au sein de la phase policière exige une progression en termes de densité du principe qui se matérialise par la présence de l'avocat durant la garde à vue.

Le principe de son intervention est acquis avec les lois du 04 janvier et du 23 août 1993. Depuis, il intervient quotidiennement dans les commissariats et les gendarmeries auprès du gardé à vue qui sollicite sa présence<sup>10</sup>. Seulement, il a été démontré que la circonscription des principes pendant la garde à vue limite strictement les droits de la défense, et expose ostensiblement cette phase à des insuffisances graves en termes d'équité. Nous proposons donc d'accroître – tant verticalement qu'horizontalement – le principe de l'égalité des armes à travers la place et le rôle de l'avocat en garde à vue.

**542.** La proposition de la présence de l'avocat auprès du gardé à vue pendant les interrogatoires n'est pas inédite. Cependant, elle rassemble de plus en plus de partisans à sa cause.

Le clivage sur le thème de l'avocat en garde à vue est identique à celui de l'accès au dossier. La Conférence des Bâtonniers<sup>11</sup>, le Conseil National des Barreaux<sup>12</sup>, les syndicats<sup>13</sup>, les

---

<sup>9</sup> Les contingences matérielles et humaines ne permettent pas d'envisager une présence obligatoire de l'avocat auprès du gardé à vue.

<sup>10</sup> Cf. supra.

<sup>11</sup> « Il faut que la France se replace au rang des autres pays européens. Nous avons à cet égard beaucoup de leçons à prendre de l'Allemagne, de l'Autriche ou de l'Espagne. Le commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe Álvaro Gil Roblés, dans son récent rapport, écrivait : « Je considère essentiel que les avocats voient leur rôle renforcé dans l'intérêt du respect des droits fondamentaux du gardé à vue de par la

avocats et les conseils<sup>14</sup> y sont naturellement favorables. À l’opposé, les syndicats de police<sup>15</sup>, de commissaires<sup>16</sup>, les policiers, et le président de la Conférence des Procureurs généraux y objectent l’argument désormais incontournable et rémanent de la sauvegarde de l’efficacité de l’enquête. Comme en 1897, et en 1993, ils perçoivent dans la présence de l’avocat en garde à vue une défiance vis-à-vis de leur travail d’investigation, un risque de fuites<sup>17</sup> non négligeable, et surtout une menace à l’égard de l’efficacité des enquêtes.

Comme il a été démontré<sup>18</sup>, ces arguments ne se sont jamais manifestés par le passé – ou de manière isolée –, et ils sont aujourd’hui, de plus en plus contestés. Une large majorité de l’opinion publique et de la presse<sup>19</sup> est favorable à l’intervention de l’avocat en garde à vue. La doctrine, les auteurs<sup>20</sup> et les praticiens sont désormais majoritaires à solliciter une telle réforme. Pour preuve, il suffit de consulter les nombreuses auditions réalisées dans le cadre de la commission d’enquête parlementaire sur l’affaire dite "d’Outreau"<sup>21</sup>. Elles sont quasi-unanimes.

---

*reconnaissance du droit à assister leurs clients lors des interrogatoires qui ont lieu au cours de la garde à vue. » Assister nos clients suppose que nous accédions aux dossiers, que nous puissions nous entretenir avec eux sans limite de temps, que nous puissions évidemment les assister durant l’interrogatoire et que la garde à vue soit enregistrée, afin que personne ne puisse la mettre en cause ». Audition de J. Martin, président de la commission pénale de la Conférence des bâtonniers, in Rapport de l’Assemblée nationale n°3125 par P. Houillon du 06 juin 2006 au nom de la Commission d’enquête dans l’affaire dite d’Outreau, t.2, p.1448.*

<sup>12</sup> V. Rapport du CNB du 25 avril 1998 sur la réforme de la procédure pénale ; Les état généraux de la justice pénale « procédure pénale : dysfonctionnement et remèdes » Actes du Colloque du 06 avril 2006 organisé par le CNB, pp.7-21 ; Synthèse des propositions de modifications immédiates du code de procédure pénale.

Disponible sur : [http://www.cnb.avocat.fr/PDF/1998-04-25\\_Reforme\\_Procedure\\_Penale.pdf](http://www.cnb.avocat.fr/PDF/1998-04-25_Reforme_Procedure_Penale.pdf) [consulté le 08/07/2007]

Disponible sur : <http://www.cnb.avocat.fr/PDF/colloques/EGJP2006.pdf> [consulté le 08/07/2007]

Disponible sur : [http://www.cnb.avocat.fr/PDF/2006-04-10\\_synthese.pdf](http://www.cnb.avocat.fr/PDF/2006-04-10_synthese.pdf) [consulté le 08/07/2007]

<sup>13</sup> Parmi les nombreuses propositions de réforme de notre procédure pénale, le président de la FNUJA, A. Guidi propose la présence de l’avocat pendant les interrogatoires de garde à vue. in Quelques propositions de réflexion en vue de son audition par la commission parlementaire, le 04 avril 2006 ; « *Il faut s’interroger sur la garde à vue et les raisons pour lesquelles une démocratie comme la France ne pourrait accepter d’envisager que la défense y soit présente comme dans de très nombreux pays voisins* ». DANET, Jean., LIGIER, Didier., MOLLA, Alain. Justice pénale, enjeux et calendrier. In La Lettre du SAF, mars 2006, p.35.

Disponible sur : <http://www.fnuja.com> [consulté le 08/07/2007]

Disponible sur : <http://www.lesaf.org> [consulté le 08/07/2007]

<sup>14</sup> « *L’ACE réaffirme son exigence que l’avocat puisse être présent durant la garde-à-vue avec accès complet au dossier pénal, à l’image de toutes les grandes démocraties occidentales et notamment européennes* ». Association des avocats conseils d’entreprise, Motions votées lors du XIV congrès de Tours en 2006.

Disponible sur : <http://www.avocats-conseils.org> [consulté le 08/07/2007]

<sup>15</sup> V. Audition des syndicats de police, SGP, Alliance, Synergie, SNOF. in Rapport de l’Assemblée nationale n°3125 par P. Houillon du 06 juin 2006 au nom de la Commission d’enquête dans l’affaire dite d’Outreau, t.2, p.1431 et s.

<sup>16</sup> V. Syndicat indépendant des commissaires de police (SICP)

Disponible sur : <http://www.commissaires.fr> [consulté le 08/07/2007]

<sup>17</sup> « *La présence de l’avocat pendant les auditions laisse très hésitant à cause du risque de fuites* ». PRADEL, Jean. *L’affaire Outreau. Le point de vue de l’universitaire*. Rev. pénit. 2006, n°2, p.368.

<sup>18</sup> Cf. supra n°502 et s.

<sup>19</sup> Parmi de nombreux exemples. *Ces députés qui font mine de découvrir l’injustice*. Libération du 08 février 2006 ; *La garde à vue : premier danger*. Le monde du 17 février 2006 ; *Commission Outreau : bilan et perspectives*. Le monde du 13 avril 2006 ; *La garde à vue en accusation*. L’express du 08 février 2007 ; *Le besoin de réformes judiciaires ne fait pas débat*. Le monde du 18 mars 2007.

<sup>20</sup> V. DELMAS-MARTY, Mireille. *Rapport sur la mise en état des affaires pénales*. Commission justice pénale et droit de l’homme, La Documentation française, 1991 ; Dossier sur « *la nouvelle garde à vue* ». AJ pénal juillet-août 2004, p.261 et s.

<sup>21</sup> Rapport de l’Assemblée nationale n°3125 par P. Houillon du 06 juin 2006 au nom de la Commission d’enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l’affaire dite d’Outreau et

Lors des états généraux de la justice pénale en avril 2006, Robert Badinter, ancien Garde des Sceaux dénonce à la fois la position *a minima* de la France en la matière, et rappelle à toutes fins utiles l'influence décisive de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

Puis, il s'interroge sur la question de savoir « à quel moment la présence de l'avocat serait souhaitable lors de la garde à vue. L'avocat ne doit pas forcément être présent pendant toute la garde à vue. Il doit cependant l'être au moment des interrogatoires ». Et il ajoute : « La présence de l'avocat ne suscitera selon moi que peu de difficultés »<sup>22</sup>. Nous ne pouvons que partager les propos prospectifs de cet acteur éclairé au sein de notre justice pénale.

**543.** Ensuite, il nous faut relever certaines défections chez les enquêteurs<sup>23</sup>, au premier rang desquelles figure le procureur général près la Cour de cassation dont les propos pourvoient et approuvent à la fois notre réflexion sur l'affirmation du principe de l'égalité des armes.

Ainsi, à l'occasion de l'audience solennelle de rentrée de la cour de cassation en janvier 2006, devant ses pairs<sup>24</sup>, il déclare que « l'un des axes majeurs de la réflexion me paraît être le rôle de la défense au cours de l'enquête préliminaire. N'est-il pas temps, en effet de se demander si le légitime renforcement des pouvoirs d'enquête ne doit pas s'accompagner aujourd'hui d'un rééquilibrage en faveur de la défense ? Ces réformes nécessiteront sans doute des modifications dans les pratiques professionnelles, mais elles me semblent indispensables dans la perspective d'une justice pénale moderne ».

Quelques mois plus tard, il récidive, et précise sa pensée devant la commission d'enquête parlementaire : « Il m'apparaît aussi, que la question se pose maintenant d'une plus forte présence de l'avocat au cours de l'enquête préliminaire. Au renforcement des pouvoirs du parquet, ne faut-il pas faire correspondre un rôle plus dynamique de la défense ?

En effet, près de 95 % des procédures aujourd'hui sont effectuées sans le recours à l'instruction, par saisine directe de la juridiction. La défense n'intervient qu'en bout de course, lorsque la procédure est en l'état et pour ainsi dire prête à être jugée. Par ailleurs, l'évolution des pouvoirs d'enquête du parquet résultant des lois récentes, depuis une dizaine d'années, a eu pour conséquence qu'un grand nombre de procédures soumises auparavant à l'instruction sont désormais soumises directement à la juridiction de jugement. Il serait donc opportun de procéder à un rééquilibrage des droits de la défense.

---

de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement, t.1, p.314 ; et t.2, p.957 et s., p.1363 et s., p.1431 et s.

<sup>22</sup> Les états généraux de la justice pénale « procédure pénale : dysfonctionnement et remèdes » Actes du Colloque du 06 avril 2006 organisé par le CNB, p.61.

Disponible sur : <http://www.cnb.avocat.fr/PDF/colloques/EGJP2006.pdf> [consulté le 08/07/2007]

<sup>23</sup> « Il est vrai que, le 13 mars 1993, nous avons très mal ressenti l'arrivée de l'avocat en garde à vue. Il s'agissait surtout d'un problème de méconnaissance. Finalement, les craintes du policier se sont avérées non fondées. La présence de l'avocat durant la totalité de la garde à vue ne pose maintenant aucun problème à la police, qui n'a d'ailleurs rien à lui cacher ». MAUDUIT, Patrick. Commandant de police, Conseiller technique auprès du Syndicat Synergie Officiers in Les états généraux de la justice pénale « procédure pénale : dysfonctionnement et remèdes » Actes du Colloque du 06 avril 2006 organisé par le CNB, p.17 ; De l'aveu même d'un policier, « croire que la garde à vue a pour objet de recueillir des aveux en exerçant une pression psychologique sur la personne retenue est dépassé. L'aveu n'a d'intérêt que s'il est corroboré par les éléments recueillis lorsque les autres actes d'enquête ont été accomplis ». VLAMYNCK, Hervé. *Le policier et la garde à vue : remarques et interrogations*. AJ pénal 2004, p.269.

<sup>24</sup> Discours de J-L. Nadal, Procureur général près la Cour de cassation, audience solennelle de début d'année judiciaire, du 6 janvier 2006.

Disponible sur : <http://www.courdecassation.fr> [consulté le 08/07/2007]

*Il faut ainsi s'interroger sur la possibilité pour l'avocat d'avoir un rôle actif dès le début de la procédure, par sa présence en garde à vue avec un accès, au minimum, aux auditions de son client ; sur la possibilité pour l'avocat d'être présent lorsque le suspect est interrogé ; enfin, sur la possibilité pour la défense de solliciter des actes, avec, en cas de refus du procureur de la République, l'intervention du JLD. En un mot, il faut introduire du contradictoire lors de la phase d'enquête, pour que ce principe s'applique à toutes les étapes de la procédure pénale »<sup>25</sup>.*

Cette prise de position expressément en faveur d'un rééquilibre qui passe par l'affirmation du principe de l'égalité des armes est particulièrement importante et progressiste pour être citée *in extenso*. Elle est d'autant plus remarquable que le point de vue de son homologue du siège est tempéré<sup>26</sup>.

**544.** Néanmoins, elle s'inscrit parfaitement dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

Depuis son arrêt Murray du 08 février 1996, la cour considère que « *Under such conditions the concept of fairness enshrined in Article 6 requires that the accused has the benefit of the assistance of a lawyer already at the initial stages of police interrogation. To deny access to a lawyer for the first 48 hours of police questioning, in a situation where the rights of the defence may well be irretrievably prejudiced, is – whatever the justification for such denial – incompatible with the rights of the accused under Article 6* »<sup>27</sup>.

La version originale de l'arrêt a notre préférence en ce qui concerne la description des conditions d'intervention de l'avocat pendant la phase policière. Les juges européens sont précis. Ils exigent sa présence *ab initio* et durant les périodes d'interrogatoire. À défaut, et quelle qu'en soit la justification, ils reconnaissent une atteinte au droit d'être jugé équitablement.

Devant cette position de principe, favorable aux droits de la défense et protectrice des libertés individuelles, nous nous interrogeons sur l'absence de condamnation de l'État français, eu égard à notre droit positif en matière de garde à vue. Certes, nous pouvons relativement l'expliquer en matière de droit commun à travers la marge d'appréciation<sup>28</sup> dont les États bénéficient. En revanche, pour les régimes spéciaux<sup>29</sup> qui repoussent l'arrivée du conseil à la

---

<sup>25</sup> Audition de J-L. Nadal, Procureur général près la Cour de cassation in Rapport de l'Assemblée nationale n°3125 par P. Houillon du 06 juin 2006 au nom de la Commission d'enquête dans l'affaire dite d'Outreau, t.2, p.1629.

<sup>26</sup> « *Si l'on dispose d'un enregistrement des auditions de la garde à vue, il n'est pas utile que l'avocat soit présent dès la première heure. Par contre, si l'on n'a pas ce contrôle, il faut renforcer la présence de l'avocat en garde à vue, pour avoir une garantie sur les conditions de son déroulement. La France est l'un des rares pays à avoir été condamné à deux reprises pour des violences commises en garde à vue, l'une de ces deux condamnations ayant été motivée par des actes de tortures. Le problème du contrôle de la garde à vue est donc sérieux. Je pense que l'enregistrement audiovisuel constituerait un moyen de contrôle sérieux de la garde à vue* ». Audition de G. Canivet, Premier président de la Cour de cassation, *ibid.* idem. p.1621.

<sup>27</sup> « *la notion d'équité consacrée par l'article 6 exige que l'accusé ait le bénéfice de l'assistance d'un avocat dès les premiers stades de l'interrogatoire de police. Dénier cet accès pendant les quarante-huit premières heures de celui-ci, alors que les droits de la défense peuvent fort bien subir une atteinte irréparable, est – quelle qu'en soit la justification – incompatible avec les droits que l'article 6 reconnaît à l'accusé* ». CEDH du 08 février 1996, Aff. Murray c/Royaume-Uni, req. n°18731/91, § 66 ; CEDH du 27 mai 2004, Aff. Yurttas c/Turquie, req. n°25143/94, § 73 et s.

<sup>28</sup> **KASTANAS**, Elias. *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*. Bruylant, Bruxelles, 1996 ; **TULKENS**, Françoise., **DONNAY**, Luc. *L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature ?* Rev. sc. crim. 2006, p.3.

<sup>29</sup> La circulaire recense 4 régimes différents de garde à vue. Cf. Circ. du 2 septembre 2004, BOMJ n°95, Chap. 2, section 1, § 1, A.

quarante-huitième heure pour des faits de proxénétisme ou d'association de malfaiteurs, et seulement à l'issue de la soixante-douzième heure en matière de stupéfiants ou de terrorisme, l'argument devient inopérant<sup>30</sup>.

Comment expliquer alors cette absence de condamnation si ce n'est par le défaut d'action de la défense. En effet, après vérification auprès des principaux ouvrages et des archives de jurisprudence de la cour européenne<sup>31</sup>, à notre connaissance, il n'existe pas de décision – de rejet ou de condamnation – en la matière. De même, en amont, la violation de la Convention européenne des droits de l'homme au sujet de l'intervention de l'avocat, n'est pas davantage soulevée devant les juridictions nationales<sup>32</sup>. Les recherches jurisprudentielles comme doctrinales sont restées infructueuses<sup>33</sup>. Pourtant, en appliquant les critères d'appréciation *in concreto* de la cour<sup>34</sup> à notre procédure pénale, il n'est pas moins sûr que la France soit condamnée sur un tel fondement. Mais avant d'y parvenir, encore faut-il que la défense s'émancipe de l'autocensure qui l'anime<sup>35</sup>.

**545.** L'affirmation du principe de l'égalité des armes par l'intervention d'un conseil auprès du gardé à vue est présente dans les principaux systèmes pénaux européens.

Dans son rapport 2006, le commissaire européen aux droits de l'homme considère que « *toute société démocratique n'a rien à redouter de la présence d'avocats responsables et respectueux de la déontologie de leur profession lors du déroulement de la garde à vue. Bien au contraire, l'expérience d'un grand nombre d'États européens démontre que les policiers initialement assez réticents à la présence d'avocats en deviennent les plus fervents défenseurs une fois l'expérience entamée. En effet, à partir du moment où un avocat assiste aux interrogatoires, les policiers n'ont plus à craindre d'être injustement accusés de*

<sup>30</sup> Le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) multiplie les recommandations depuis 1991 en faveur de l'accès à l'avocat dès le début de la garde à vue et durant les interrogatoires. Rapport au gouvernement français relatif à la visite effectuée en France par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 11 au 17 juin 2003, §§63-65.

Disponible sur : <http://www.cpt.coe.int/documents/fra/1993-02-inf-fra-1.htm> [consulté le 08/07/2007]

<sup>31</sup> V. SUDRE, Frédéric., MARGUENAUD, Jean-Pierre., ANDRIANTSIMBAZOVINA, Joël., et al. *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*. Coll. Thémis, 4<sup>e</sup> Éd. PUF, 2007 ; PETTITI, Louis-Edmond., DECAUX, Emmanuel., IMBERT, Pierre-Henri. *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*. Economica, 2<sup>nd</sup> Éd. 1999 ; BERGER, Vincent. *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*. Dalloz, 10<sup>e</sup> Éd. 2007.

Disponible sur : <http://www.echr.coe.int/ECHR/FR/Header/Case-Law/Hudoc/Hudoc+database/> [consulté le 08/07/2007]

<sup>32</sup> Après divers entretiens avec des magistrats et des avocats, la question s'est déjà posée devant une juridiction nationale, mais elle a soigneusement été éludée. En effet, il arrive parfois qu'un moyen fondé sur la Convention européenne des droits de l'homme devant la chambre criminelle disparaisse du dispositif de la décision rendue par la Cour de cassation. Ces décisions restent inédites et non publiées. Les conseillers agiraient parfois de la sorte lorsqu'ils sont dans l'impossibilité de motiver juridiquement la position *contra legem* du droit interne. Ils préfèrent donc éluder le moyen. Il n'en demeure pas moins qu'il appartient alors à la défense de se pourvoir devant les institutions européennes, si elle souhaite obtenir gain de cause.

<sup>33</sup> BOULOC, Bernard. LEVASSEUR, Georges., STEFANI, Gaston. *Procédure pénale*. Coll. Précis Dalloz, 19<sup>e</sup> Éd. 2004 ; GUINCHARD, Serge., BUISSON, Jacques. *Procédure pénale*. 3<sup>e</sup> Éd. Litec, 2005 ; PRADEL, Jean. *Manuel de procédure pénale*. 13<sup>e</sup> Éd. Cujas, 2006 ; MATSOPOULOU, Haritini. *Les enquêtes de police*. Coll. Bibliothèques de sciences criminelles, t. 32, Éd. LGDJ, 1996.

Disponible sur : <http://www.legifrance.gouv.fr> [consulté le 08/07/2007]

Disponible sur : <http://www.dalloz.fr> [consulté le 08/07/2007]

<sup>34</sup> V. notamment CEDH du 27 mai 2004, Aff. *Yurttas c/Turquie*, req. n°25143/94, § 75.

<sup>35</sup> À de rares occasions, lorsqu'elle s'émancipe de cette autocensure, elle obtient gain de cause. V. CEDH du 24 juillet 2007, Aff. *Baucher c/France*, req. n°53640/00, §§41-51, sur l'obligation de motiver les décisions judiciaires pour permettre à la défense de faire appel en toute connaissance de cause.

*comportements violents et illégaux car l'avocat pourra toujours confirmer que les éventuelles accusations d'un client malhonnête sont infondées. En outre, il s'agit d'une bonne protection pour tout policier qui risque de perdre son sang-froid car la présence d'un avocat le protège d'une possible bavure* »<sup>36</sup>. Ce dernier argument connaît malheureusement en France quelques manifestations. Selon les statistiques de la commission nationale de la déontologie de la sécurité, le nombre de saisine de la commission est en constante progression<sup>37</sup>.

Confrontée aux mêmes dérives – de la police comme des mis en cause –, la majorité des systèmes pénaux européens ont réagi en garantissant la présence de l'avocat pendant les interrogatoires de police dans la loi.

Les caractéristiques traditionnelles associées à la dichotomie classique entre le système accusatoire et le système inquisitoire qui fait du premier un espace favorable aux droits de la défense – et en l'espèce, à l'intervention de l'avocat –, par opposition au second qui en réprovoque la présence, sont aujourd'hui transcendées. Les États de *Common Law* comme les États de droit continental garantissent, indistinctement, cette manifestation du principe de l'égalité des armes. Le Royaume-Uni<sup>38</sup>, l'Allemagne<sup>39</sup>, l'Italie<sup>40</sup>, la Suède<sup>41</sup> ou encore l'Espagne<sup>42</sup> reconnaissent expressément le rôle de l'avocat durant la phase de police.

Actuellement, la position de la France est très largement isolée par rapport à ces principaux partenaires européens sur cette question. Et elle sera de plus en plus discutable en raison des avancées progressives des droits de la défense – comme la présence de l'avocat durant l'enquête de police – dans les nouvelles démocraties comme en Roumanie<sup>43</sup> et en Bulgarie<sup>44</sup>.

---

<sup>36</sup> V. Rapport de A. Gil-Robles, Commissaire aux droits de l'homme, sur le respect effectif des droits de l'homme en France, suite à sa visite du 5 au 21 septembre 2005, § 53. Disponible sur : <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=965741&BackColorInternet=FEC65B&BackColorIntranet=FEC65B&BackColorLogged=FFC679> [consulté le 08/07/2007]

<sup>37</sup> « Depuis le début de son activité, la Commission a enregistré 419 saisines. Au 1er septembre 2006, 129 dossiers restent à instruire. Son activité est marquée par une augmentation continue, passant de 19 saisines enregistrées en 2001 à 40 en 2002, à 70 en 2003 puis à 97 en 2004, et 108 en 2005. En cinq ans, le volume d'activité de la Commission a donc été multiplié par cinq. La progression semble se confirmer puisque entre le 1er janvier et le 1er septembre 2006, elle avait déjà reçu plus de 85 saisines ». in Bilan des six premières années d'activité de la commission nationale de déontologie de la sécurité 2001-2006.

Disponible sur : <http://www.cnds.fr> [consulté le 08/07/2007]

<sup>38</sup> V. The Police and Criminal Evidence Act 1984. Code of Practice C, notamment art. 3-1 (ii).

Disponible sur : <http://police.homeoffice.gov.uk/operational-policing/powers-pace-codes/pace-code-intro/> [consulté le 08/07/2007]

<sup>39</sup> V. Section X, Interrogatoire de l'accusé, § 136-1 et § 137-1 du St PO. Traduction par R. Legeais.

Disponible sur : <http://www.juriscope.org/publications/documents/> [consulté le 08/07/2007]

<sup>40</sup> Articles 386-1 et 388-1 du Code de procédure pénale italien. V. Rapport au gouvernement italien relatif à la visite effectuée en Italie par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 21 novembre au 3 décembre 2004. Éd. du conseil de l'Europe, CPT/Inf (2006) 16, § 23.

Disponible sur : <http://www.cpt.coe.int/documents/ita/2006-16-inf-fra.htm> [consulté le 08/07/2007]

<sup>41</sup> Chapter 21, Section 3, of the Code of Judicial Procedure. V. Rapport au gouvernement suédois relatif à la visite effectuée en Suède par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 27 janvier au 5 février 2003. Éd. du conseil de l'Europe, CPT/Inf (2004) 32, § 28.

Disponible sur : <http://www.cpt.coe.int/documents/swe/2004-32-inf-eng.htm> [consulté le 08/07/2007]

<sup>42</sup> Art. 55-2 de la Constitution espagnol de 1978 ; art. 520-2c du Code de procédure pénale espagnol. Traduction par R. Legeais.

Disponible sur : <http://www.juriscope.org/publications/documents/> [consulté le 08/07/2007]

<sup>43</sup> Art. 137, 171 et 172 du C. pr. pén. Roumain reconnaissent l'intervention de l'avocat en garde à vue. V. Rapport au gouvernement roumain relatif à la visite effectuée en Roumanie par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 16 au 25 septembre 2002. Éd. du conseil de l'Europe, CPT/Inf (2004) 10, §§39-40.

Pour toutes ces raisons, la reconnaissance de l'intervention de l'avocat auprès de son client durant la garde à vue est inéluctable. Elle présente une position de principe constructive à l'égard des droits de la défense parce qu'une telle reconnaissance s'associe naturellement avec l'accès au dossier et une possibilité de solliciter des actes d'investigation durant l'enquête.

## 2) Une présence relative s'impose

**546.** La présence de l'avocat pendant les auditions de garde à vue est nécessairement relative en raison de la résistance présumée des enquêteurs, et surtout pour des questions budgétaires.

Il ne faut pas sous-estimer le poids des traditions et des pratiques en matière d'enquête de police. Il est certain que les policiers, gendarmes et autres enquêteurs s'opposent à une présence systématique de l'avocat en garde à vue. Elle n'est d'ailleurs pas souhaitée par les principaux intéressés, les avocats, ni sollicitée par les autres acteurs institutionnels ou la doctrine. Par ailleurs, il est avisé de se rappeler de la capacité d'adaptation dont l'institution s'est fait montre lorsque l'avocat est entré pour la première fois dans un cabinet d'instruction. Le caractère absolu de l'intervention du conseil pendant l'enquête de police ne risque-t-il pas d'engendrer à son tour des procédures officieuses, des temps d'enquête incontrôlés, donc une nouvelle phase, où la défense serait volontairement exclue ?

Plus déterminant, le coût financier de l'intervention de l'avocat sur le budget de la justice est un argument substantiel qui milite à la circonscription de ce droit. L'indemnité actuellement versée aux avocats en garde à vue au titre du pénal d'urgence<sup>45</sup> est nettement insuffisante pour rétribuer une prestation de plusieurs heures, voir de plusieurs jours. L'établissement d'un nouveau barème d'indemnisation prenant en considération la durée d'intervention du conseil auprès de son client exige l'apport de nouveaux crédits budgétaires.

Or, les capacités de financement d'une telle mesure sont relativement réduites<sup>46</sup>. Quoiqu'il en soit, le budget de la justice ne dispose pas des fonds suffisants pour financer la présence d'un conseil sur la totalité des gardes à vue. La circonscription du droit à un avocat pendant la phase policière est le résultat d'une réalité financière incontestable.

**547.** L'intervention de l'avocat en garde à vue ne peut être que relative en raison de contingences propres à la profession.

Tout d'abord, le nombre d'avocats est nettement insuffisant pour assurer la totalité des placements en garde à vue. Selon les statistiques du ministère de la justice, on comptabilise 45

---

Disponible sur : <http://www.cpt.coe.int/documents/rom/2004-10-inf-fra.htm> [consulté le 08/07/2007]

<sup>44</sup> Art. 409 et 410 du C. pr. pén. Bulgare reconnaissent l'intervention de l'avocat en garde à vue. in Réponse du gouvernement de la Bulgarie au rapport du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) relatif à la visite effectuée en Bulgarie du 25 avril au 07 mai 1999. Éd. du conseil de l'Europe, CPT/Inf (2002) 2, § 35.

Disponible sur : <http://www.cpt.coe.int/documents/bgr/2002-02-inf-eng.pdf> [consulté le 08/07/2007]

<sup>45</sup> Aujourd'hui, la rémunération de la prestation de l'avocat en garde à vue s'élève à 61 euros, auxquels on ajoute 31 euros s'il intervient de nuit, et 23 euros s'il intervient hors agglomération. Ces nouveaux barèmes font suite à un mouvement de grève important des avocats durant l'automne 2000. Un protocole d'accord a été signé le 18 décembre 2000 afin de réévaluer la rémunération des avocats au titre de l'aide juridictionnelle. Cf. Rapport de la Commission Bouchet sur la réforme de l'accès au droit et à la justice du 10 mai 2001 ; Projet loi de finance pour 2004, justice, services généraux, annexe au procès-verbal de la séance du 20 novembre 2003, n°78.

<sup>46</sup> Cf. infra n°477 et s.

818 avocats<sup>47</sup> au 1<sup>er</sup> janvier 2006 sur l'ensemble du territoire national contre 530 994 mesures de garde à vue<sup>48</sup> sur l'année 2006. Dans l'absolu, un simple calcul de ratio permet de déterminer qu'il suffit aux auxiliaires de justice d'effectuer 11,5 gardes à vue par an pour garantir l'effectivité de ce nouveau droit. *A priori*, la charge de travail n'est pas insurmontable pour le Barreau, seulement le calcul est fallacieux et artificiel. Le ratio ne tient absolument pas compte des caractéristiques factuelles, fonctionnelles et structurelles de la mesure comme de la profession d'avocat.

La durée de la garde à vue est très fluctuante. Elle peut varier de quelques heures à un maximum de 144 heures<sup>49</sup> en matière de criminalité organisée. Selon les statistiques du ministère de l'intérieur<sup>50</sup>, en 2006, une garde à vue sur cinq connaissait une durée supérieure à vingt-quatre heures.

La carte géographique des lieux de garde à vue ne correspond pas à la répartition géographique des avocats. S'il existait un indice d'homogénéité entre ces deux facteurs, il serait quasiment nul. Certes, ils partagent un même espace d'exercice, seulement les locaux de garde à vue sont disséminés sur l'ensemble du territoire national<sup>51</sup>, alors que plus de la moitié des effectifs d'avocats se concentre sur uniquement quatre barreaux<sup>52</sup>. Il en résulte nécessairement des déséquilibres importants.

En ce qui concerne la profession d'avocat, il est une évidence qu'il nous faut rappeler : tous n'exercent pas en matière pénale. Certains sont généralistes, d'autres sont spécialisés en droit social ou en droit fiscal, mais il faut reconnaître qu'une majorité d'avocats ne pratiquent pas – ou très occasionnellement – le droit pénal. D'aucuns sont exclusivement conseillers en cabinet, ils n'interviennent pas à l'audience et se déplacent encore moins en garde à vue.

En réalité, le pénal d'urgence revient généralement aux jeunes avocats en raison de la faible rentabilité financière de ces procédures et de la forte disponibilité qu'elles exigent. Pour ces mêmes motifs, nombreux sont les cabinets d'avocats qui préfèrent payer des amendes à l'ordre pour ne pas avoir à remplir leurs obligations pénales plutôt que d'avoir à se déplacer au commissariat. En définitive, ils ne sont pas assez nombreux à exercer au pénal, et encore moins nombreux à s'y spécialiser<sup>53</sup> pour prétendre répondre à la demande d'une présence continue de l'avocat en garde à vue. Pour preuve, actuellement encore, il arrive parfois que le barreau ne parvienne pas à répondre à toutes les demandes d'avocat, alors que son intervention se limite à seulement trente minutes d'entretien.

Enfin, les barreaux ne disposent pas des structures suffisantes pour organiser, gérer et diriger une telle procédure. Nonobstant les insuffisances d'effectifs, les structures mises en place

---

<sup>47</sup> Ministère de la justice. Direction des affaires civiles et du sceau, cellule études et recherches. *Statistiques sur la profession d'avocat*. Situation au 1<sup>er</sup> janvier 2006, p.4.

Disponible sur : <http://www.justice.gouv.fr/index.php?rubrique=10054&ssrubrique=10058&article=12569> [consulté le 08/07/2007]

<sup>48</sup> Ministère de l'intérieur. *Statistiques sur l'évolution de la criminalité en 2006*.

Disponible sur : [http://www.interieur.gouv.fr/sections/a\\_la\\_une/statistiques/criminalite/2006/evolution-criminalite-2006](http://www.interieur.gouv.fr/sections/a_la_une/statistiques/criminalite/2006/evolution-criminalite-2006) [consulté le 08/07/2007]

<sup>49</sup> Loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 ; Art. 706-88 du C. pr. pén.

<sup>50</sup> 95 658 gardes à vue supérieures à 24 heures sur 530 994 mesures, soit un ratio de 18 %. Ibid. idem.

<sup>51</sup> En 2001, on dénombrait 4400 lieux de garde à vue en France. V. Rapport de J. Dray, du 19 décembre 2001 sur l'Évaluation de l'application et des conséquences sur le déroulement des procédures diligentées par les services de police et de gendarmerie des dispositions de la loi du 15 juin 2000, p.32.

Disponible sur : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/014000812/index.shtml> [consulté le 08/07/2007]

<sup>52</sup> L'étude statistique précise que plus de la moitié des avocats se concentre sur seulement 4 barreaux : Paris, Lyon, Nanterre et Marseille. Ministère de la justice. Direction des affaires civiles et du sceau, cellule études et recherches. *Statistiques sur la profession d'avocat*. Situation au 1<sup>er</sup> janvier 2006, p.4.

<sup>53</sup> L'étude dénombre seulement 614 avocats avec une mention de spécialisation en droit pénal. *ibid. idem*. p.27.



pour gérer actuellement le pénal d'urgence sont nettement insuffisantes. La charge de travail entre la gestion des avocats de garde pour une intervention de trente minutes, et celle pour une assistance continue, est sans commune mesure en termes d'organisation et de capacité logistique. À l'endroit même, où un simple avocat coordinateur suffit, aujourd'hui, à organiser l'intervention du conseil en garde à vue, il faudrait une logistique proche du STD des parquetiers pour envisager un traitement correct des demandes d'avocat.

En conséquence, l'ensemble des arguments commande la circonscription du droit à un avocat durant les auditions de garde à vue. À présent, il convient de s'interroger sur les critères de choix qui vont délimiter le champ d'application de ce droit.

## **B – Un champ d'application choisi**

**548.** Pour déterminer le champ d'application du droit à l'assistance d'un avocat pendant les interrogatoires de police, il faut intégrer les contingences précédemment relevées avec les besoins de la défense. Pour y parvenir, nous avons tenu compte de critères de choix (1) et du type d'infraction (2). Ainsi au terme de notre analyse, nous préconisons l'exercice de ce nouveau droit pour tous les crimes aux personnes et les infractions à caractère sexuel.

### *1) En fonction de critères*

**549.** En fonction de quels critères pouvons nous déterminer le champ d'application du droit à l'assistance d'un avocat pendant la phase policière ?

Le nombre de procédures, les difficultés probatoires de certaines affaires et surtout l'importance de l'enjeu pour la défense sont les critères sur la base desquels nous fondons notre choix.

Le premier élément à prendre en considération pour déterminer le champ d'application du droit à l'assistance d'un avocat pendant la phase policière est le critère quantitatif. Comme nous l'avons démontré précédemment<sup>54</sup>, pour parvenir à l'exercice d'un nouveau droit « *concret et effectif* » au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, le type de contentieux est nécessairement limité en nombre de procédures.

Le second élément est un critère plus subjectif, il s'agit des difficultés probatoires sur certaines affaires. Sous cet intitulé, nous ne visons pas les affaires complexes par le nombre important de mis en cause ou d'infractions inscrites à la prévention, ni la mise en œuvre parfois complexe des infractions économiques et financières. En réalité, nous nous positionnons exclusivement sous un angle probatoire.

Dans la majorité des affaires, les procès-verbaux des gardés à vue, des victimes et des témoins sont confirmés – ou infirmés – par différents éléments de preuve objectifs tels que les empreintes digitales et génétiques, les traces biologiques, les interceptions téléphoniques, la captation d'images ou tout élément matériel laissé sur les lieux de l'infraction.

Cependant, il arrive qu'une procédure repose uniquement sur la plainte de la victime et sur l'audition du mis en cause. Dans cette hypothèse d'affrontement entre deux versions antinomiques, la charge de la preuve est problématique, notamment lorsque les faits remontent à plusieurs années. Alors, le risque de dérapage judiciaire se démultiplie pendant la garde à vue lorsqu'il s'agit selon les propres termes des OPJ « *de sortir une affaire* ». La

---

<sup>54</sup> Cf. supra.

"loyauté" des moyens mis en œuvre pour obtenir des aveux significatifs soulève légitimement des protestations de la défense, et indispose les juridictions de jugement. L'absence d'élément probatoire objectif constitue donc un critère à prendre en compte.

Enfin, le dernier élément est essentiel et déterminant, il s'agit de mesurer l'enjeu d'une procédure pour la défense. Ce critère est estampillé par le bon sens, il est fondé sur une conception logique et rationnelle selon laquelle l'utilité d'un avocat en garde à vue est proportionnelle à l'intensité des enjeux<sup>55</sup>.

Bien qu'il n'existe pas de petites affaires pénales, les contingences de ce nouveau droit nous contraignent néanmoins à procéder à une classification des dossiers selon les peines encourues. Et dans cette hypothèse, il nous faut reconnaître que la présence d'un conseil pendant toute la durée de l'enquête apparaît plus opportune sur une poursuite d'homicide volontaire que sur une violence volontaire ou un vol aggravé. Est-ce à dire que la mesure de l'enjeu pour la défense s'effectue au regard de l'échelle des peines encourues ?

Sans nul doute, la classification tripartite des infractions est un critère efficient pour mesurer l'enjeu, la gravité d'une procédure. En outre, elle constitue un critère relativement simple à mettre en œuvre. Sur la base des articles 111-1 et 131-1 à 131-18 du Code pénal, il est très facile de sélectionner les dossiers où les peines encourues sont les plus importantes, à savoir les crimes.

Ainsi, le nombre, les difficultés probatoires et surtout l'enjeu des procédures pour la défense constituent les critères sur la base desquels nous fondons notre choix.

## 2) Selon la nature de l'infraction

**550.** Les besoins d'une défense pendant la garde à vue varient également en fonction de la nature de l'infraction. En se basant sur la classification<sup>56</sup> établie par les études statistiques en matière de criminalité, seule une partie des atteintes aux personnes répond à nos critères de sélection.

Pour commencer, les atteintes aux biens tels que les vols, les recels, les dégradations, les destructions, les incendies de véhicules privés et autres ivresses sur la voie publique, sont d'office éliminées en raison de la masse des gardes à vue qu'elles engendrent. Selon les statistiques du Ministère de l'intérieur, les infractions de vol et de recel représentent à elles seules 159 346 gardes à vue en 2006, soit 30 % de l'ensemble des mesures<sup>57</sup>. Est-il utile de préciser que le barreau ne dispose pas actuellement des structures et du personnel suffisants pour gérer un tel flux. Au surplus, la présence d'un avocat n'apparaît pas spécialement opportune au regard des peines encourues pour ce type d'infractions.

---

<sup>55</sup> Les infractions faisant l'objet d'une procédure spéciale comme le terrorisme et la délinquance organisée sont volontairement exclues de nos propos en raison de la très faible probabilité à ce que prochainement un avocat assiste pendant toute la garde à vue le mis en cause malgré la forte intensité des enjeux. Vu la position ferme des politiques – français et européens – à propos de ces infractions, proposer une telle réforme n'est pas envisageable, opportun actuellement, bien que nécessaire. Notre choix s'effectue sur d'autres infractions tout aussi importantes en terme de besoin pour la défense.

<sup>56</sup> Il s'agit de la nomenclature statistique établie par le Service central d'étude de la délinquance (S.C.E.D.). Les crimes et délits sont classés en quatre sous groupes : les infractions contre les biens, les infractions contre les personnes, les infractions économiques et financières et les autres infractions dont les stupéfiants. in *Criminalité et délinquance constatées en France en 2006*. La Documentation française, Éd. 2007.

Disponible sur : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/074000386/index.shtml> [consulté le 08/07/2007]

<sup>57</sup> *Criminalité et délinquance constatées en France en 2006*. La Documentation française, Éd. 2007, t.1, p.8.

En revanche, pour les infractions liées aux produits stupéfiants, la présence de l'avocat est légitime par rapport à la fragilité de l'état de santé du gardé à vue et à l'importance des peines encourues lorsqu'il s'agit de criminalité organisée. Seulement, avec 72 388 gardes à vue en 2006, comme pour les atteintes aux biens, elles ne respectent pas les contingences logistiques<sup>58</sup>.

Enfin, seules les infractions économiques et financières répondent réellement à ce critère avec 28 173 gardes à vue en 2006<sup>59</sup>. Par nature, elles sont relativement complexes et l'assistance d'un conseil n'apparaît pas superfétatoire. Seulement, elles ne s'inscrivent pas parmi les infractions qui encourent les plus lourdes peines, où les enjeux de la détention sont les plus prégnants. Pour s'en convaincre, les condamnés à une infraction économique et financière ne représentaient que 7 % des personnes détenues au 31 décembre 2005<sup>60</sup>. En outre, ces procédures font quasi systématiquement l'objet d'une enquête minutieuse en amont de la garde à vue, dans laquelle figurent de nombreuses investigations matérielles. Aussi, par nature, ces infractions ne posent pas de difficultés particulières en matière probatoire.

En conséquence, les infractions aux biens, aux stupéfiants, et en matière économiques ne répondent pas aux critères prédéfinis.

**551.** Seules les infractions aux personnes regroupent l'ensemble des critères, sous certaines conditions.

En réalité, il ne s'agit pas de l'ensemble des atteintes aux personnes mais d'une partie déterminée de celles-ci. Selon les statistiques policières, elles représentent 102 486 gardes à vue en 2006, soit 19,3 % de l'ensemble des mesures<sup>61</sup>. Il est donc inutile de préciser qu'une telle demande est trop importante pour une mise en œuvre efficiente de ce nouveau droit. Aussi, parmi les atteintes aux personnes, il est possible d'extraire deux catégories pour lesquelles les besoins de la défense sont particulièrement forts : il s'agit des crimes et des infractions à caractère sexuel.

En ce qui concerne les crimes liés aux personnes, il s'agit essentiellement de répondre aux besoins de la défense en termes d'enjeu. Les assassinats, les meurtres, les tentatives d'homicides volontaires, les actes de torture et de barbarie et les violences volontaires ayant entraîné la mort sans intention de la donner<sup>62</sup> – avec toutes les circonstances aggravantes associées – représentent les infractions de droit commun à propos desquelles les enjeux pour la défense sont les plus prégnants et les risques d'incarcération les plus grands. La peine minimale encourue est de quinze années de réclusion criminelle. L'importance de l'enjeu exige la présence d'une défense en garde à vue.

Par ailleurs, à la marge, il arrive à ce type d'affaires de connaître quelques difficultés en termes de preuve, notamment lorsque les faits sont anciens ou contestés en l'absence de preuves objectives.

D'après les statistiques policières, on dénombre en 2006 1024 gardes à vue pour homicide, 1023 pour tentative d'homicide et 179 pour violences suivies de mort<sup>63</sup> soit un total de 2 226 gardes à vue – contre 2 147 en 2005 – qui représentent seulement 0,4 % de l'ensemble des gardes à vue.

---

<sup>58</sup> *ibid idem.*

<sup>59</sup> *ibid idem.*

<sup>60</sup> Annuaire statistique de la justice. La Documentation française, Éd. 2006, p.211.

<sup>61</sup> Criminalité et délinquance constatées en France en 2006. La Documentation française, Éd. 2007, t.1, p.8.

<sup>62</sup> L'établissement d'une liste exhaustive des infractions autorisant la présence de l'avocat en garde à vue basée sur les articles du Code pénal se présente comme une solution claire et précise pour circonscrire ce nouveau droit. On peut ainsi retenir les articles suivants : 221-1 ; 221-3 ; 221-5 ; 222-1 ; 222-7 du C. pén.

<sup>63</sup> Criminalité et délinquance constatées en France en 2006. La Documentation française, Éd. 2007, t.1, p.47.

Par conséquent, les crimes liés aux personnes constituent une première catégorie d'infractions pour lesquelles la présence de l'avocat est matériellement possible et juridiquement nécessaire.

**552.** Pour les infractions à caractère sexuel, il s'agit principalement de répondre aux besoins de la défense en termes de preuve. Les viols, les agressions sexuelles, les atteintes sexuelles et autres atteintes aux mœurs<sup>64</sup> – avec toutes les circonstances aggravantes associées – opposent généralement la plainte de la victime à l'audition du mis en cause. La nature sexuelle de ces infractions accroît l'intensité des interrogatoires des personnes soupçonnées et la pression psychologique exercée sur elles, d'autant que les preuves sont généralement insuffisantes voire inexistantes lorsque les faits remontent à plusieurs années. Et dans ces hypothèses, le risque de "dérapages" pour parvenir à la vérité judiciaire n'est pas négligeable. La présence d'un avocat durant ces interrogatoires constitue donc l'unique garantie d'une loyauté dans l'administration de la preuve.

L'enjeu pour la défense est en outre important en termes de risque d'incarcération. Les condamnés pour une infraction à caractère sexuel représentaient 22 % des personnes détenues au 31 décembre 2005<sup>65</sup>.

Sur l'année 2006, on recense 6 226 gardes à vue pour viol, 5 227 pour harcèlements sexuels et autres agressions sexuelles et 8 625 pour des atteintes sexuelles, soit un total de 20 078 gardes à vue, qui représentent 3,8 % de l'ensemble des mesures<sup>66</sup>.

En définitive, si l'on regroupe les crimes aux personnes et les infractions à caractère sexuel, elles représentent pour le barreau une charge de travail équivalente à la présence d'un avocat pour environ 22 à 24 000 gardes à vue<sup>67</sup> sur une année et sur l'ensemble du territoire national<sup>68</sup>, soit près de 4 % de l'ensemble des mesures, avec cette précision que les deux tiers des gardes à vue s'achèvent avant le délai de vingt-quatre heures et un tiers se poursuit au-delà du délai de vingt-quatre heures<sup>69</sup>.

Cette rapide étude d'impact d'une intervention circonscrite de l'avocat en garde à vue démontre qu'une telle réforme est parfaitement possible nonobstant un budget de fonctionnement<sup>70</sup>. Les barreaux disposent des capacités de mobilisation nécessaires en termes de structures et de personnels pour garantir l'effectivité de ce nouveau droit.

---

<sup>64</sup> En l'espèce, on peut retenir la présence de l'avocat pour les articles 222-22, 222-23 et 222-27 du C. pén.

<sup>65</sup> Annuaire statistique de la justice. La Documentation française, Éd. 2006, p.211.

<sup>66</sup> Criminalité et délinquance constatées en France en 2006. La Documentation française, Éd. 2007, t.1, p.47.

<sup>67</sup> Il est utile de préciser que nous travaillons en l'espèce sur une base théorique maximale de demandes d'avocat. Nous traitons intentionnellement de cette fourchette maximale où le nombre de gardes à vue égale le nombre de demandes d'avocat parce qu'il est extrêmement difficile d'évaluer en réalité cette demande. Nous savons que la demande sera inférieure au nombre de gardes à vue, mais nous ne savons pas dans quelle proportion.

Appliquer le ratio actuel de 38 % de demandes d'avocat en garde à vue à notre proposition constitue une manipulation statistique fallacieuse et un risque de sous estimer le nombre de demandes. La faiblesse de ce ratio n'est-elle pas étroitement liée à la pusillanimité de la mission de l'avocat en garde à vue ?

<sup>68</sup> On dénombre 22 304 gardes à vue en 2006, 23 209 en 2005 et 24 160 en 2004. Avec toute la prudence qu'il faut associer aux statistiques et aux moyennes, cela représente la mobilisation de 61 avocats par jour en 2006, 63 avocats en 2005 et 66 avocats en 2004. in Criminalité et délinquance constatées en France en 2004, 2005 et 2006. La Documentation française, t.1.

<sup>69</sup> En 2006, 15 294 gardes à vue se sont achevées avant le délai des 24 heures et 7 010 gardes à vue se sont poursuivies au-delà du délai de 24 heures. Criminalité et délinquance constatées en France en 2006. La Documentation française, Éd. 2007, t.1, p.47.

<sup>70</sup> Une indemnisation de l'avocat en garde à vue au prorata de son intervention selon le système de rémunération du pénal d'urgence est indispensable. Il est bien évident qu'une telle réforme exige la mobilisation de fonds

Il reste à l'auxiliaire de justice à déterminer la place, le rôle et le comportement à adopter en garde à vue auprès de son client.

## § 2 – Une liberté d'intervention encadrée

**553.** Pour rééquilibrer le rapport de force entre la défense et l'accusation pendant l'enquête, il ne suffit pas d'accepter la présence d'un conseil pendant l'enquête. Il faut lui définir une place et un rôle à tenir.

À quel moment intervient-il dans la procédure ? Doit-il être présent dès le début de la garde à vue ou est-il nécessaire de repousser son entrée ? En attendant son arrivée, l'enquêteur peut-il commencer l'audition du mis en cause ?

Aux côtés de son client pendant l'audition, de quelle marge de liberté d'action dispose-t-il ? Est-il simplement présent et taisant ? Ou peut-on lui octroyer des prérogatives comparables à celles qu'il dispose en matière d'instruction ?

Dans une perspective d'affirmation du principe de l'égalité des armes, il est certain que la défense a non seulement un rôle à sa mesure (B) mais également une place à prendre (A).

### A – Une place à prendre

**554.** La liberté d'intervention de l'avocat en garde à vue n'est pas absolue. Elle s'exprime dans un cadre juridique par nature contraignant. En tenant compte des enjeux pour l'accusation en termes d'efficacité et des besoins de la défense en termes de rééquilibrage de la procédure, il est possible d'envisager la présence de l'avocat en garde à vue dès le début de la procédure (1). Cela étant, l'audition du mis en cause n'est pas subordonnée à son intervention, elle demeure relative (2).

#### 1) Dès le début de la procédure

**555.** À compter de quel instant l'avocat peut-il intervenir dans la procédure ? Sur cette question, les avis sont partagés entre une présence immédiate, dès le début de la garde à vue, et une intervention différée à la vingt-quatrième heure, c'est-à-dire lors de la prolongation de la mesure. Le choix dans la modalité d'exercice du principe de l'égalité des armes est particulièrement lourd de sens pour la défense.

Dans le rapport Outreau<sup>71</sup>, la Commission préconise la présence de l'avocat aux côtés de son client pendant les interrogatoires à l'issue de la vingt-quatrième heure. Le groupe socialiste est favorable à une intervention immédiate<sup>72</sup>. Les uns comme les autres justifient leur positionnement par le but « *de parvenir à un équilibre entre la nécessité de garantir l'efficacité des enquêtes policières et le renforcement des droits de la personne placée en garde à vue* ».

---

financiers supplémentaires au sein de l'aide juridictionnelle, néanmoins cet effort budgétaire est relativement minime par rapport à l'aide apportée et à la qualité de la justice.

<sup>71</sup> Rapport de l'Assemblée nationale n°3125 par P. Houillon du 06 juin 2006 au nom de la Commission d'enquête dans l'affaire dite d'Outreau, t.1, p.313.

<sup>72</sup> Ibid. idem. p.314.

Derrière la proposition de repousser la présence de l'avocat, il est certain que les parlementaires entendent préserver l'efficacité de l'enquête de toutes actions de l'avocat, comme si son intervention y portait nécessairement atteinte. Cette problématique est récurrente dans notre procédure pénale. Elle se fonde sur le présupposé selon lequel tout progrès des droits de la défense doit nécessairement se mesurer par un recul proportionnel de l'efficacité de l'enquête.

Cette vision analytique de la problématique est artificielle. Elle présuppose une somme des forces en présence constante dans un environnement clos. Or, les droits et obligations de chacune des parties varient dans le temps et dans un espace ouvert. Notre procédure pénale s'apparente davantage à un modèle systémique où le progrès d'un droit de la défense par l'exercice du principe de l'égalité des armes ne porte pas nécessairement atteinte, ou dans une moindre proportion, à l'accusation. La densité des forces varie dans un système ouvert, si bien que l'accroissement de l'une ne diminue pas en proportion l'intensité de l'autre comme c'est le cas dans un système fermé. Ces considérations théoriques connaissent des applications pratiques.

En l'espèce, la présence d'un avocat pendant l'interrogatoire n'a aucune incidence décisive sur l'efficacité de l'enquête. Elle n'a pas d'effet sur la validité ou la recevabilité des preuves matérielles ou sur les moyens d'investigation. En ayant accès au dossier, il ne peut pas entraver l'audition d'un témoin ou empêcher le déroulement d'une expertise. Dans l'imaginaire collectif, on accorde à l'avocat de la défense un pouvoir et une volonté de nuisance qu'il est loin d'avoir. Et quand bien même il souhaiterait y porter atteinte, il n'en aurait pas les moyens, sauf à constituer à son tour une infraction<sup>73</sup>.

Alors, de quel moyen dispose-t-il réellement pour paralyser ou ralentir une enquête ?

Il peut conseiller à son client de se taire tout au long de l'interrogatoire. Mais cette recommandation n'est pas propre à sa présence pendant l'interrogatoire. Aujourd'hui, en application de l'article 63-4 du Code de procédure pénale, il peut préconiser le même conseil, dès le début de la garde à vue. Pour autant, depuis son application en 2001, il n'a pas été constaté une baisse dans l'efficacité des enquêtes. D'après les statistiques du Ministère de l'intérieur, le taux d'élucidation des affaires pénales est respectivement passé de 25 % en 2001 à 33 % en 2006<sup>74</sup>. Enfin peut-on véritablement reprocher à un avocat de faire valoir un droit constitutionnellement et conventionnellement reconnu. Le droit de se taire ou le droit de ne pas s'auto-incriminer font partie des droits de la défense. Le mis en cause doit être libre de les exercer devant les autorités judiciaires comme en présence des enquêteurs.

L'efficacité de l'enquête ne justifie donc pas le report de l'entrée de l'avocat à la vingt-quatrième heures de garde à vue.

**556.** Dans l'hypothèse d'une intervention différée l'exercice du principe de l'égalité des armes est apparent et l'effectivité du droit est illusoire.

Pour s'en convaincre, il suffit de procéder à une projection de son application à partir des dernières statistiques. En 2006, sur les 530 994 gardes à vue exécutées, seules 95 658, soit 18 % des mesures, connaissent une durée supérieure à vingt quatre heures<sup>75</sup>. Dans notre champ d'étude restreint aux crimes et aux infractions à caractère sexuel<sup>76</sup>, repousser l'intervention du conseil au-delà de la vingt quatrième heures revient à priver les deux tiers

---

<sup>73</sup> Infraction concernant le secret de l'enquête, art. 434-7-2 du C. pén.

<sup>74</sup> Criminalité et délinquance constatées en France en 2006. La Documentation française, Éd. 2007, t.1, p.40.

<sup>75</sup> Ibid. idem. p.46.

<sup>76</sup> Ce champ d'exercice représente seulement 4 % de l'ensemble des gardes à vue.

des personnes gardées à vue de la présence d'un défenseur<sup>77</sup>. Au final, la présence de l'avocat auprès de son client pendant l'interrogatoire ne représente que 1,3 % des gardes à vue.

En conséquence, différer l'application du principe de l'égalité des armes garantit l'exercice d'un droit illusoire.

À l'opposé, la proposition d'une présence immédiate de l'avocat est très protectrice des droits de la défense en appliquant *ab initio* le principe de l'égalité des armes. Elle contente les partisans d'une défense immédiate pendant l'enquête. Elle satisfait aux standards européens de la Cour européenne et comble ainsi une partie de son retard sur les autres systèmes pénaux nationaux. Elle a en outre le mérite d'apaiser les craintes de ses détracteurs. En effet, la reconnaissance de la présence de l'avocat dès le début de l'enquête est purement théorique en raison des contraintes structurelles et fonctionnelles inhérentes à la défense et à l'accusation. Dans la pratique, il est matériellement impossible de prévoir son intervention dès l'arrestation. Les structures, les moyens et le fonctionnement des permanences pénales n'autorisent pas un temps de réactivité aussi bref. Il existe un temps de traitement irréductible de la demande. L'avocat de permanence chargé de la coordination et de la répartition des missions doit trouver un confrère libre de satisfaire la demande. Il faut également compter avec le temps de déplacement de l'avocat sur le site de garde à vue<sup>78</sup>.

En pratique<sup>79</sup>, son arrivée est nécessairement repoussée après les premières heures de la mesure, sauf à disposer d'un avocat en permanence dans chaque commissariat et gendarmerie, mais un tel dispositif est actuellement irréalisable.

## 2) Une présence relative

**557.** En considérant l'arrivée différée de l'avocat, se pose alors la question de savoir si sa présence subordonne ou non l'interrogatoire du gardé à vue.

Dans l'hypothèse maximaliste du principe de l'égalité des armes, l'intéressé ne peut pas être auditionné par les enquêteurs tant qu'il n'est pas assisté d'un conseil. Cette conception très anglo-saxonne de la défense a très peu de chance de se développer en France<sup>80</sup>, notamment en raison des conséquences sur l'accusation. En subordonnant l'interrogatoire du mis en cause à la présence de son avocat, la défense dispose d'un moyen efficace de paralyser l'accusation.

Comme les déficiences de l'accusation ne doivent pas agir sur le degré d'effectivité des droits de la défense, l'efficacité de l'accusation ne peut pas dépendre des insuffisances d'une défense. Qu'il s'agisse d'un acte involontaire ou intentionnel, l'inertie de la défense prive l'accusation de pouvoir interroger un suspect de crime.

Dans le premier cas, les carences – structurelles, fonctionnelles et autres – de la défense paralysent l'accusation. Néanmoins, il est parfaitement possible d'y remédier en instituant un pôle de défense pénale d'urgence plus performant et efficace, en y investissant des moyens financiers et en personnels comparables à ceux de l'accusation.

---

<sup>77</sup> En 2006, 15 294 gardes à vue se sont achevées avant le délai des 24 heures et 7 010 gardes à vue se sont poursuivies au-delà du délai de 24 heures. Criminalité et délinquance constatées en France en 2006. La Documentation française, Éd. 2007, t.1, p.47.

<sup>78</sup> Cf. supra note de bas de page n°50.

<sup>79</sup> Actuellement, l'article 63-4 du Code de procédure pénale autorise le gardé à vue à s'entretenir avec un avocat dès le début de la mesure. Pour les mêmes raisons invoquées ci-dessus, en pratique, il intervient plusieurs heures après avoir été sollicité. En ce qui concerne ce nouveau droit, les mêmes causes connaîtront les mêmes effets.

<sup>80</sup> Nonobstant les résistances traditionnelles, cette conception de la défense s'applique aux États-Unis parce que l'on y dénombre plus d'un million d'avocats, soit 3 pour mille habitants contre 0,7 pour mille habitants en France.

Dans le second cas, l'inertie de la défense est volontaire. Pour ne pas paralyser l'accusation, il suffit d'inscrire cette hypothèse comme une exception à la présence de l'avocat pendant les interrogatoires.

Une interrogation demeure néanmoins. Nonobstant le coût budgétaire d'un service de défense pénale performant, si l'audition du mis en cause est suspendue à la présence d'un avocat, l'arrivée de ce dernier reste très fluctuante. Elle dépend de trop nombreuses variables pour ne pas envisager son retard, voir sa défection. Dans ces hypothèses, rares mais probables, le risque de compromettre l'efficacité de l'enquête est très sérieux.

Aussi, afin de sauvegarder l'efficacité de l'accusation tout en préservant les droits de la défense, il suffit de prévoir un délai – une ou deux heures – au-delà duquel, les enquêteurs peuvent interroger le mis en cause, même en l'absence de son avocat. On parvient ainsi à concilier les nécessités d'une accusation avec les besoins de la défense.

## **B – Un rôle à sa mesure**

**558.** L'acceptation de l'avocat aux côtés du gardé à vue pendant les interrogatoires pose nécessairement la question de l'étendue de son rôle. De quel(s) pouvoir(s) peut-il disposer ? L'hypothèse d'un avocat taisant est parfaitement inutile pour la défense (1). Pour affirmer une réelle égalité des armes entre les parties, il est nécessaire d'accorder un rôle actif à l'avocat (2).

### *1) Inutilité d'un avocat taisant*

**559.** Réduire la présence de l'avocat en garde à vue à un statut d'incapable est parfaitement inutile du point de vue du principe de l'égalité des armes et des droits de la défense.

La seule présence de l'avocat pendant l'enquête rééquilibre le rapport de force entre les parties. Le mis en cause n'est plus seul face aux enquêteurs. Le simple fait d'être présent physiquement auprès de son client apporte à ce dernier un soutien psychologique non négligeable. Mais de suite, il nous faut nuancer ce progrès purement théorique.

Dans la pratique, un conseil inactif aux côtés du mis en cause pendant les interrogatoires est parfaitement inutile puisque par définition, il ne peut pas intervenir dans la procédure. Il ne peut pas conseiller son client, interpellé les enquêteurs ou interférer dans le processus de l'interrogatoire. L'égalité des armes est donc purement formelle.

Privé de toutes actions, le rôle d'un conseil se limite à un exercice formel du principe. Il conduit à une application illusoire d'un droit apparent.

**560.** Sous l'angle des droits de la défense, on peut considérer que la seule présence de l'avocat au temps de l'enquête protège le mis en cause de tout débordement policier. Il est quasiment certain que la pression psychologique employée par les enquêteurs pendant les interrogatoires ne sera pas la même selon que l'avocat est présent ou non.

Mais cet effet dissuasif ne risque-t-il pas d'être temporaire, eu égard à l'incapacité juridique du défenseur ? Après une période d'adaptation, lorsque les enquêteurs constateront la relative impuissance du défenseur durant l'enquête, il est fort probable qu'ils reviennent à des méthodes d'interrogatoire plus contraignantes, que l'avocat soit présent, ou non.



En considérant tout de même qu'il représente une protection contre les excès policiers, depuis la loi du 05 mars 2007<sup>81</sup>, il est concurrencé sur cette mission par l'enregistrement vidéo. L'article 64-1 du Code de procédure pénale prévoit que « *les interrogatoires des personnes placées en garde à vue pour crime, réalisés dans les locaux d'un service ou d'une unité de police ou de gendarmerie exerçant une mission de police judiciaire [feront] l'objet d'un enregistrement audiovisuel* » à compter du 1<sup>er</sup> juin 2008.

Il ressort expressément du projet de loi et des travaux parlementaires que le but de l'enregistrement est de sécuriser les procédures<sup>82</sup>, « *tout en constituant une garantie à la fois pour les justiciables et pour les enquêteurs, en prévenant les mises en causes injustifiées dont ces derniers font parfois l'objet* »<sup>83</sup>.

Sur la sécurité juridique de la procédure de la garde à vue, l'enregistrement vidéo est plus performant, plus économique, plus rapide, et moins coûteux que la présence d'un avocat.

Pour s'en convaincre, « *en cas de contestation du contenu du procès-verbal d'interrogatoire* » la vidéo offre une possibilité de vérification objective, contrairement à l'avocat taisant.

En conséquence, la seule présence d'un conseil auprès de son client pendant l'enquête est parfaitement inutile. Elle conduit à l'exercice formel du principe de l'égalité des armes pour garantir un droit de la défense exclusivement en apparence.

## 2) Nécessité d'un avocat actif

**561.** L'exercice de l'égalité des armes commande une certaine liberté d'action de l'avocat pendant l'enquête.

Lorsque la question de l'intervention de l'avocat en garde à vue est débattue devant les parlementaires de la Commission Truche<sup>84</sup> en 1997, puis devant la Commission d'Outreau<sup>85</sup> en 2006, l'une comme l'autre préconisent non seulement sa présence pendant les interrogatoires, mais elles souscrivent à sa demande de consultation du dossier pénal. À aucun moment, le rôle de l'avocat est envisagé sous le régime d'un incapable juridique.

---

<sup>81</sup> Loi n° 2007-291 du 05 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale. Cette loi reprend un certain nombre de propositions émises suite au rapport de la Commission d'enquête dans l'affaire dite d'Outreau, Rapport n°3125. MATSOPOULOU, Haritini. *Renforcement du caractère contradictoire, célérité de la procédure pénale et justice des mineurs*. Droit pénal mai 2007, chron. p.5 ; V. Dossier AJ pénal mars 2007, *La loi du 05 mars 2007 sur l'équilibre de la procédure pénale : premiers commentaires*. p.105 et s.

Disponible sur : <http://www.senat.fr/dossierleg/pj106-133.html> [consulté le 08/07/2007]

<sup>82</sup> « *L'enregistrement des auditions en audio, voire en vidéo, est un procédé certes lourd et coûteux, mais qui fonctionne déjà pour les mineurs et qui peut assurer une bonne garantie pour les justiciables. On tarirait ainsi dans une large mesure les requêtes en nullité de la garde à vue que présentent très souvent les intéressés, que ce soit à l'instruction ou à l'audience de jugement* ». Audition de J. Pradel du 21 mars 2006 in Rapport de l'Assemblée nationale n°3125 par P. Houillon du 06 juin 2006 au nom de la Commission d'enquête dans l'affaire dite d'Outreau, t.2, p.1191 et s.

Disponible sur : <http://www.assemblee-nationale.fr/12/rap-enq/r3125-t2.asp> [consulté le 08/07/2007]

<sup>83</sup> Projet de Loi AN n°3393 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale.

Disponible sur : <http://www.assemblee-nationale.fr/12/projets/pl3393.asp> [consulté le 08/07/2007]

<sup>84</sup> TRUCHE, Pierre. *Rapport de la commission de réflexion sur la justice*. La Documentation française, 1997.

Disponible sur : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/974072100/index.shtml> [consulté le 08/07/2007]

<sup>85</sup> Rapport de l'Assemblée nationale n°3125 par P. Houillon du 06 juin 2006 au nom de la Commission d'enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite d'Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement, pp.311-313.

Disponible sur : <http://www.assemblee-nationale.fr/12/rap-enq/r3125.asp> [consulté le 08/07/2007]

Alors dans quel but autoriseraient-elles l'avocat à s'informer du contenu de la procédure au temps de l'enquête si ce n'est pour lui permettre de conseiller son client en toute connaissance de cause ? Cette position parlementaire en faveur d'une défense active *ab initio* est d'ailleurs partagée par de nombreux auteurs et praticiens<sup>86</sup> ainsi que par la majorité des autres systèmes pénaux européens<sup>87</sup>.

En outre, cette vision réduite du rôle de l'avocat en garde à vue s'éloigne complètement des préoccupations quotidiennes de la pratique. Face aux exactions physiques ou aux pressions psychologiques, l'avocat ne peut pas demeurer impassible. Il est contraint d'intervenir même si la loi ne lui permet pas. Il interrompra l'interrogatoire. Il interpellera les autorités judiciaires. Il sollicitera la nullité de la procédure. Quoi qu'il en soit, il intercédera. Il est de son devoir de défenseur d'agir.

À l'opposé, le respect de l'égalité des armes n'exige pas une liberté absolue de l'avocat dans ses actions. Il est parfaitement concevable de concilier les impératifs légitimes de l'accusation avec une existence mesurée de la défense.

**562.** Pour parvenir à cet équilibre au sein de la garde à vue, l'interrogatoire du mis en cause accompagné de son avocat peut s'approcher de la procédure de comparution devant le juge d'instruction<sup>88</sup>.

Ce rapprochement reste très relatif. Il concerne essentiellement les modalités d'audition. Il serait irréaliste d'appliquer dans sa totalité le régime judiciaire de l'information à la garde à vue. Certains éléments sont malheureusement intangibles<sup>89</sup>.

À l'image du déroulement des auditions d'un mis en examen dans un cabinet d'instruction, il est envisageable d'accorder au défenseur un espace d'expression et de sollicitation.

L'OPJ comme le juge d'instruction décide seul du lieu, du moment, et de la durée des auditions. Il a également l'exclusivité de la direction et du contenu des interrogatoires. L'avocat n'intervient que ponctuellement dans la discussion pour aider son client à comprendre une question ou à préciser une de ses déclarations. Il le conseille sur les choix à opérer et le soutient dans ses déclarations.

Cependant, la défense ne doit pas uniquement se faire entendre par les réponses qu'elle apporte aux enquêteurs. Elle doit également pouvoir soulever des interrogations ou proposer des investigations comme en matière d'instruction<sup>90</sup>.

Tout l'intérêt de la présence d'un avocat en garde à vue se matérialise dans ces deux prérogatives. Elles répondent à un enjeu décisif pour la défense : celui de pouvoir intervenir dans la procédure au temps de l'enquête, c'est-à-dire dans un temps processuel où il est encore temps d'agir. Aujourd'hui, notre droit positif offre à la défense des possibilités de

---

<sup>86</sup> Audition de J-L. Nadal, Procureur général près la Cour de cassation in Les auditions devant la Commission d'enquête dans l'affaire dite d'Outreau, Rapport n°3125, p.1629 ; Audition de G. Canivet, Premier président de la Cour de cassation le 11 avril 2006, *ibid.* p.1607 ; Audition de O. Damien secrétaire général adjoint du SCHFPN du 21 mars 2006, *ibid.* p.1294 ; Le Monde du 27 avril 2007. Pour une justice au service des citoyens. A. Vallini, député de l'Isère, ancien président de la commission Outreau ; J-L. Autin, professeur de droit ; D. Barella, magistrat ; M. Benichou, avocat ; T. Clay, professeur de droit ; R. Kessous ; C. Lazerges, professeur de droit ; J-P. Levy, avocat ; P. Lyon-Caen ; J-P. Mignard, avocat.

<sup>87</sup> Cf. supra n°545.

<sup>88</sup> **GUINCHARD**, Serge., **BUISSON**, Jacques. *Procédure pénale*. 3<sup>e</sup> Éd. Litec, 2005, p.856 et s. ; **HUGUENEY**, Louis. *Les droits de la défense devant le juge d'instruction*. Rev. sc. crim. 1952, p.195 ; **LEVASSEUR**, Georges. *Vers une procédure d'instruction contradictoire*. Rev. sc. crim. 1959, p.297.

<sup>89</sup> L'insalubrité des geôles de garde à vue, la privation d'hygiène corporelle, le manque de sommeil, la médiocrité des repas, et les fouilles perdurent. Elles participent insidieusement au déséquilibre physique et psychologique de la personne gardée à vue.

<sup>90</sup> Art. 82-1 et 114 et s. du C. pr. pén.

recherche et d'investigation, des moyens de faire entendre son point de vue<sup>91</sup>. Mais ces concessions processuelles arrivent trop tardivement dans le processus judiciaire pour influencer de quelque manière que ce soit le contenu de la procédure. Les praticiens – avocat comme magistrat – s'accordent à reconnaître qu'une fois l'enquête de police clôturée, il est très difficile de revenir sur les éléments démontrés dans le dossier.

Aussi, en autorisant la défense à intervenir au temps de l'enquête, ce n'est pas seulement cette phase qui tend à se rééquilibrer mais l'ensemble du procès. Le dossier pénal est la pièce centrale de la procédure sur laquelle les avocats fondent leur plaidoirie et les magistrats leur décision. L'élaboration du dossier est donc une phase particulièrement critique et stratégique pour l'accusation, mais également pour la défense.

En lui accordant la possibilité de participer à la mise en état du dossier pénal, non seulement nous appliquons le principe de l'égalité des armes, mais au surplus nous consacrons un droit de la défense encore inédit dans la phase policière.

## **Section 2 – La participation de la défense à la mise en état du dossier pénal**

**563.** Le droit de contribuer à la mise en état du dossier pénal se comprend comme le pendant du droit à un avocat en garde à vue. À quoi un conseil peut-il servir s'il ne dispose pas de moyens pour agir ?

L'affirmation du principe de l'égalité des armes dans la phase policière nécessite que la défense puisse agir dans un temps utile et avec des moyens efficaces. Pour ce faire, elle peut, dans un premier temps, solliciter des investigations complémentaires susceptibles de présenter une interprétation différente des faits reprochés. Ce nouveau droit encadré par un magistrat indépendant offre de nouvelles perspectives à la défense mais également de lourdes responsabilités.

Dans un second temps, elle peut intervenir en amont de l'orientation du dossier auprès du représentant du ministère public afin de lui présenter éventuellement une autre interprétation des faits. Il reste libre de son choix sur la voie procédurale à emprunter, seulement, il décide en toute connaissance de cause.

**564.** La participation de la défense à la mise en état du dossier pénal peut donc se concrétiser à deux niveaux : dans la construction avec la demande d'acte (§1) et dans l'orientation avec une version contradictoire du dossier (§2).

### **§ 1 – L'assistance de la défense à la construction du dossier**

**565.** Contrairement à la présence continue de l'avocat en garde à vue, la demande d'acte est un droit ouvert (A) à toute personne mise en cause quelle que soit l'infraction reprochée. La défense ne dispose pas pour autant d'un droit absolu. Ce dernier est soumis au contrôle d'un magistrat (B), le juge des libertés et de la détention, sauf si l'accusation décide en opportunité de réaliser les investigations.

#### **A – Un droit de la défense ouvert**

---

<sup>91</sup> Cf. supra n°300 et s.

**566.** La demande d'acte d'investigation de la part de la défense est une manifestation du principe de l'égalité des armes ouverte parce qu'elle peut s'appliquer à tous types d'infraction.

Il n'est pas utile de soumettre ce droit à un champ d'application restreint comme il s'est avéré nécessaire de le faire pour la présence de l'avocat en garde à vue<sup>92</sup>. Les contraintes budgétaires et fonctionnelles ne sont pas réunies en l'espèce.

Ce droit se matérialise très simplement comme les autres droits du gardé à vue, à savoir par une notification de la part du service enquêteur sous une forme interrogative : « *Souhaitez-vous procéder à des actes d'investigation et de recherche particuliers ?* »

La notification des droits sous peine de nullité est une manifestation particulièrement efficace du principe du contradictoire qui garantit l'effectivité des droits de la défense. La présence continue d'un avocat n'est donc pas nécessaire pour exercer ce droit. Le mis en cause est parfaitement en mesure de formuler seul sa demande. Au plan formel, elle peut faire l'objet d'un procès-verbal précisant la nature des investigations sollicitées.

L'exercice de cette requête reste très flexible et évolutif comme pour le droit à un médecin ou à un avocat. Le mis en cause peut commencer par la refuser lors de la notification avant d'y consentir de sa propre initiative ou par l'intermédiaire de son conseil. Cette souplesse d'exercice se justifie par l'évolution de la situation juridique et personnelle de l'intéressé<sup>93</sup>.

Comme la demande d'acte est indépendante de la présence d'un conseil en garde à vue, les contraintes budgétaires et fonctionnelles y afférentes sont inopérantes. En conséquence, il est permis d'ouvrir ce droit à l'ensemble des infractions.

**567.** Comme pour l'accès au dossier, la demande d'acte n'exige pas la constitution d'avocat. Toutefois, ses connaissances juridiques et son expérience peuvent s'avérer fort utiles, sinon essentielles.

Dans l'hypothèse où le gardé à vue fait appel à lui dans le cadre de l'article 63-4 du Code de procédure pénale, ils peuvent discuter de l'opportunité, de la nature et du nombre des investigations. L'avocat est un apport décisif dans la formalisation de la demande. Cette dernière étant soumise à autorisation judiciaire<sup>94</sup>, le conseil est la personne la plus à même de rédiger la requête dans les délais et dans la forme. Il est rompu à cet exercice de rédaction et au développement des arguments juridiques contrairement au gardé à vue désorienté et épuisé. Par ailleurs, l'exercice de ce droit n'est pas sans risque et sans conséquence pour la défense. À l'image des conclusions tirées<sup>95</sup> du nouvel article 175 du Code de procédure pénale, organisant le règlement contradictoire de l'information judiciaire, il est permis d'établir des conséquences similaires lorsque la défense participe, dès l'enquête, à la mise en état du dossier pénal. Elle perd son droit à critiquer la procédure au moment de l'audience.

Actuellement, une des stratégies classiques de l'avocat de la défense consiste à se plaindre de l'insuffisance des recherches au moment de l'enquête. Avec le droit de demandes d'acte, si la défense persiste à agir de la sorte, elle trahira ses propres maladresses. Le président de la juridiction comme le représentant du ministère public ne manqueront pas de lui rappeler ses pouvoirs d'investigation afin de mettre en exergue ses défaillances au moment de l'enquête.

---

<sup>92</sup> Cf. supra n°513 et s.

<sup>93</sup> L'opportunité d'une demande d'investigation peut varier en fonction de l'évolution des charges retenues, des preuves recensées durant la procédure ou de la personnalité du gardé à vue.

<sup>94</sup> Cf. infra n°569.

<sup>95</sup> SAINT-PIERRE, François. *L'avocat face au dossier de la procédure*. AJ pénal 2007, p.306.

De même, elle devra vraisemblablement revoir ses demandes à être jugé dans un délai raisonnable lorsqu'elle aura contribué à l'allongement de la procédure en sollicitant des actes d'enquête.

En outre, l'opportunité de sa mise en œuvre peut se révéler très dangereuse pour la défense. Dans cette perspective, l'assistance d'un avocat n'est pas superfétatoire. La demande d'acte d'investigation de la part de la défense se justifie uniquement dans le but de démontrer son innocence ou sa moindre implication dans une infraction. À travers ses demandes, il s'agit pour elle d'apporter des éléments probatoires de contradiction et de présenter les faits sous un autre angle<sup>96</sup>. La vérité des faits n'est pas univoque, elle est plurielle<sup>97</sup>. Les investigations peuvent démontrer plusieurs approches possibles de la vérité.

Cependant, la défense prend également le risque que le résultat des recherches lui soit défavorable. En dehors des perspectives de contradictoire, elle ne peut tirer aucun avantage à solliciter des investigations contraires à ses intérêts. Si elle souhaite s'incriminer, il lui est plus facile d'avouer. Alors, en qualité de professionnel du droit, l'avocat a un rôle déterminant à jouer pour conseiller le mis en cause sur l'opportunité d'une telle demande.

**568.** Eu égard aux enjeux et aux risques pour la défense, le droit de solliciter des actes d'enquête exige d'avoir une bonne connaissance du dossier.

En l'espèce, le principe du contradictoire avec l'accès au dossier<sup>98</sup> et le principe de l'égalité des armes avec la demande d'acte s'articulent judicieusement pour garantir des droits de la défense pertinents. Sans la connaissance du dossier pénal, le mis en cause ne peut apprécier ni le bien-fondé de ses demandes ni les risques encourus. À l'inverse, une lecture de la procédure sans pouvoir solliciter des investigations prive l'intéressé de la faculté de se défendre efficacement à l'aide de moyens positifs. L'accès au dossier est donc une condition préalable essentielle avant toute demande d'enquête.

Le gardé à vue peut exercer seul ses droits. Cependant, il peut également profiter de l'opportunité de son droit à un avocat<sup>99</sup> pour obtenir les conseils d'un professionnel. L'avocat a l'expérience de la lecture rapide des dossiers pour relever les éventuelles carences ou incohérences. Informé du contenu de la procédure, il sera à même de conseiller le mis en cause sur l'opportunité, la nature et le nombre d'investigations.

La demande d'acte d'enquête n'est pas uniquement un nouveau droit de la défense pour le gardé à vue. Lorsqu'il se conjugue avec l'assistance d'un avocat, il résulte pour ce dernier de lourdes responsabilités. La densification du rôle de conseil pendant l'enquête n'est pas nouvelle dans le sens où il en dispose déjà devant le juge d'instruction. Elle est nouvelle parce qu'il peut l'exercer au temps de l'enquête policière, c'est-à-dire au cours d'une phase déterminante pour l'orientation du dossier.

## **B – Dans une procédure contrôlée**

**569.** Pour être effective, cette manifestation du principe de l'égalité des armes doit s'appliquer sans restriction aucune, mais sous le contrôle d'un magistrat.

---

<sup>96</sup> Ibid. idem. p.305.

<sup>97</sup> **BARATTA**, Alessandro., **MOCCIA**, Sergio., **VAN DE KERCHOVE**, Michel., et al. Dossier : *Vérité procédurale ou vérité substantielle*. Revue Déviance et Société, 2000, Vol. 24, n° 1, p.91et s. ; **MARTIN**, Raymond. *De la contradiction à la vérité judiciaire*. Gaz. Pal. du 30 avril 1981, p.209.

<sup>98</sup> Cf. supra Chapitre 1.

<sup>99</sup> Art. 63-4 du C. pr. pén.

Le gardé à vue est informé par notification<sup>100</sup> de son droit à solliciter des investigations durant la phase d'enquête. Comme pour les enquêteurs ou le juge d'instruction, il dispose de tous les types d'acte d'enquête, tels que l'audition d'un témoin, une enquête de voisinage, une expertise psychologique, une analyse balistique, un examen biologique, un audit bancaire, une interception de communication... Il ne doit exister aucune restriction dans la nature et le nombre de demande d'acte. La défense doit bénéficier des mêmes moyens d'investigation que l'accusation. L'importance des moyens probatoires à disposition du ministère public se justifie par la liberté de la preuve en droit pénal pour démontrer la culpabilité d'un individu. Nonobstant la présomption d'innocence, la défense est en droit de disposer des mêmes moyens pour démontrer son innocence grâce dans le respect du principe de l'égalité des armes et d'une procédure équitable.

Mais son application ne remet-il pas en cause l'efficacité de l'enquête ? La question est légitime parce que ce droit participe au rééquilibrage des forces entre les parties dans la phase d'enquête. Toutefois, notre procédure pénale évolue au sein d'un système ouvert où les avancées pour l'une des parties ne se traduisent pas nécessairement par un recul de l'autre partie. Notre but n'est nullement de favoriser la défense au détriment de l'accusation. Nous souhaitons seulement que la première rattrape son retard sur la seconde.

Cela étant, la demande d'acte à l'initiative de la défense n'influence pas de manière déterminante l'efficacité de la répression. L'enquête diligentée par les OPJ est totalement indépendante et autonome de toutes ingérences néfastes de la défense. Les investigations demandées par le gardé à vue ne peuvent que confirmer ou infirmer les premiers éléments de l'enquête. Lorsqu'elles confirment la thèse de l'accusation, l'enquête prouve son efficacité. En outre, elle gagne en légitimité. Dans l'hypothèse la plus défavorable, les investigations de la défense démontrent que l'accusation s'est trompée. Faut-il pour autant en déduire une atteinte à l'efficacité de l'enquête ? Nous ne le pensons pas. L'efficacité d'une enquête se mesure par sa capacité à imputer l'infraction uniquement à l'auteur des faits. En évitant de poursuivre un innocent, l'enquête perdure dans ses recherches. Donc, elle garde toute son efficacité.

**570.** Dans la réalité quotidienne, ce droit de la défense ne menace pas l'enquête. Pour s'en convaincre, il suffit d'examiner son instauration dans la phase d'instruction.

La loi du 04 janvier 1993 a créé la procédure de demande d'actes d'instruction. Initialement, seuls un transport sur les lieux, la production d'un document détenu par une partie, l'audition d'un témoin ou une confrontation pouvaient être demandés. Le législateur de l'époque a justifié ces limites par la crainte d'un afflux de demandes d'instruction et la préservation de l'enquête. Mais, les praticiens ont rapidement constaté que ces craintes étaient infondées.

La défense avait parfaitement mesuré l'enjeu et les risques qu'elle prenait en sollicitant une demande d'acte. Elle en a donc usé avec parcimonie.

La loi du 15 juin 2000 a ouvert aux parties privées le droit de demander l'exécution de tous les actes paraissant nécessaires à la manifestation de la vérité<sup>101</sup> sans que cette disposition ne donne lieu à des discussions parlementaires<sup>102</sup>. Depuis, il n'a pas été constaté d'abus particuliers ou d'atteintes quelconques à l'efficacité de l'enquête.

---

<sup>100</sup> Art. 63-1 du C. pr. pén.

<sup>101</sup> Art. 82-1 du C. pr. pén. ; **GUINCHARD**, Serge., **BUISSON**, Jacques. op. cit. p.857 ; **SAINT-PIERRE**, François. *Le guide de la défense pénale*. 3<sup>e</sup> Éd. Dalloz, 2004, p.360.

<sup>102</sup> La possibilité pour la défense de demander tout acte nécessaire à la manifestation de la vérité figure dès le début, à l'article 4 du projet de loi. Les différentes lectures du texte n'ont pas ouvert de discussions particulières par rapport à l'efficacité de l'enquête.

Disponible sur : <http://www.senat.fr/dossierleg/presomption.html> [consulté le 08/07/2007]

Pourquoi en serait-il autrement pendant l'enquête ? Un raisonnement par analogie avec l'instruction nous encourage à conclure qu'il en sera de même durant la phase policière. Cependant, l'accusation peut toujours craindre des abus, un usage dilatoire de ce droit. En multipliant les demandes d'acte, la défense risque de paralyser l'enquête. Dans cette perspective, un contrôle du droit de demander des actes s'avère nécessaire.

**571.** Il est difficile d'envisager – comme en 1993 – une restriction en nombre et/ou en nature de ce droit de la défense. De telles limites sont totalement arbitraires et complètement déconnectées de toute réalité judiciaire.

Il est quasiment impossible de circonscrire en nombre ou en nature les demandes d'acte en raison de l'hétérogénéité des situations juridiques. Un délit routier peut se contenter d'une simple audition de témoin. En revanche, un délit économique et financier peut exiger bien plus de trois investigations pour satisfaire les besoins d'une défense. De même, une restriction par nature des actes d'enquête est totalement illusoire. Une demande de transport sur les lieux dans le cadre d'une affaire de violences volontaires entre des manifestants et les forces de l'ordre peut s'avérer parfaitement inutile. En revanche, la demande de saisie d'une bande vidéo qui est opportune pour la défense, ne lui serait pas ouverte en l'espèce.

Ces restrictions posent également des problèmes d'interprétation très concrets. Dans notre exemple, faut-il comprendre que la défense dispose de trois demandes d'acte indépendamment de leur exécution ou de plusieurs demandes d'acte dans une limite de trois exécutés ? Est-ce une limite de trois actes par affaire ou de trois actes par infraction ?

Une limite générale en nombre ou en nature des demandes d'acte d'enquête de la part de la défense n'est donc pas viable en pratique. L'instauration de limites particulières en fonction de l'infraction<sup>103</sup> ne présente pas davantage une solution envisageable. Au contraire, elle complexifie démesurément l'exercice du droit<sup>104</sup> au point de le rendre incompréhensible, donc irréalisable.

En limitant le droit de demander des actes d'investigation à la défense, le législateur ne respecte qu'en apparence le principe de l'égalité des armes et les droits de la défense.

**572.** Aussi forte que soit la légitimité du droit de demander des actes d'enquête, elle n'exige pas une mise en œuvre inconditionnelle pour satisfaire au critère d'effectivité. Le principe de sa reconnaissance au plan institutionnel et juridique ne se traduit pas systématiquement par une obligation irréfragable de résultat à la charge de l'enquêteur. Son exercice par le mis en cause ne signifie pas qu'il peut exiger de l'accusation, un pouvoir d'investigation absolu, sans que celle-ci lui oppose d'éventuelles limites. À l'image du droit d'accès au dossier, la demande d'acte peut parfaitement connaître une réalité théorique et une portée pratique en dehors des caractéristiques d'un droit absolu<sup>105</sup>.

Pour concilier les craintes d'abus avec une application effective de ce droit de la défense, il est possible d'envisager un contrôle des demandes par un magistrat impartial et indépendant comme à l'instruction. Le contrôle des demandes par un juge est incontournable. Il est inimaginable qu'un avocat de la défense commande à un OPJ la réalisation d'actes d'enquête sans une autorisation judiciaire préalable<sup>106</sup>.

De par son expérience à trancher ce type de demande dans le cadre d'une information judiciaire, le magistrat instructeur présente toutes les qualités requises pour être compétent de

---

<sup>103</sup> Par exemple, à partir de la classification tripartite des infractions, on autorise une seule demande d'investigation en matière contraventionnelle, deux en matière délictuelle et trois en matière criminelle.

<sup>104</sup> Comment procède-t-on lorsqu'un dossier comprend plusieurs infractions ? un crime et des délits ?

<sup>105</sup> Cf. supra n°510 et s.

<sup>106</sup> Une telle hypothèse reviendrait à reconnaître un lien hiérarchique au profit des avocats sur les policiers.

cette nouvelle charge. Seulement la réalité quotidienne d'une juridiction d'instruction est incompatible avec cette nouvelle compétence. Le magistrat instructeur agit exclusivement dans le cadre de sa saisine. Et il est inenvisageable d'ouvrir une information à chaque fois que la défense sollicite une demande d'acte.

Finalement, comme en matière d'accès au dossier<sup>107</sup>, le juge des libertés et de la détention (JLD) propose les mêmes qualités institutionnelles et professionnelles en termes de libertés individuelles que le juge d'instruction. En outre, il dispose d'une grande souplesse en matière de saisine qui fait de lui l'interlocuteur idéal pour contrôler les demandes d'acte de la défense. Il peut se prononcer après l'examen de la demande, l'avis du ministère public et la consultation éventuelle du dossier<sup>108</sup>.

Pour satisfaire à des impératifs de célérité et d'équité, on peut même imaginer se dispenser de la saisine du JLD dans l'hypothèse où l'accusation ne voit pas d'objection à la demande d'acte de la défense. Informé de cette requête par les enquêteurs, le ministère public est en droit d'approuver directement sa réalisation. Cette soumission informelle de la demande au parquet favorise l'économie d'une procédure de saisine du JLD.

Ainsi, il est possible de concilier un droit de demande d'acte général au profit de la défense avec la préservation de l'enquête.

## § 2 – La contribution de la défense à l'orientation de la procédure

**573.** La décision d'orientation des procédures prise par le ministère public représente une phase processuelle déterminante pour la défense. Pourtant, elle en est absente. Sans remettre en cause le principe d'opportunité du ministère public, il est légitime de laisser à la défense une possibilité d'exposer sa cause. L'exercice du principe de l'égalité des armes qui peut s'entendre également comme une manifestation du principe du contradictoire constitue un enjeu pour la défense (A) et un droit de la défense inédit (B).

### A – Un enjeu pour la défense

**574.** La défense pénale connaît plusieurs temps forts dans notre circuit judiciaire. Il y a l'arrestation, la garde à vue, l'audience et le prononcé de la décision. À chacune de ces étapes, elle est – ou peut être – présente. Elle intervient en fonction des droits octroyés et des principes appliqués. Toutefois, il existe un instant particulièrement décisif dans notre procédure pénale auquel elle ne participe pas. Il s'agit de l'orientation de la procédure.

Sur le fondement de l'article 40 du Code de procédure pénale, le ministère public est le « *destinataire des plaintes et dénonciations et il apprécie la suite à leur donner* ». Le principe d'opportunité des poursuites permet au Procureur de la République de déterminer s'il poursuit ou non l'infraction constatée. Et dans le cas d'une réponse positive, il « *emprunte la voie procédurale idoine* »<sup>109</sup>.

La loi du 09 mars 2004 a consacré et encadré le pouvoir d'opportunité des poursuites du ministère public. L'article 40-1 du Code de procédure pénale énonce en substance que « *la réponse pénale doit, en principe, consister soit en la mise en mouvement de l'action publique, soit en une procédure alternative lorsqu'une infraction est commise par une personne*

---

<sup>107</sup> Cf. supra n°512.

<sup>108</sup> Cf. supra.

<sup>109</sup> GUINCHARD, Serge., BUISSON, Jacques. op. cit. p.641.



*identifiée* »<sup>110</sup>. Le législateur affiche clairement son objectif de généralisation de la réponse pénale. Il entend surtout encadrer le classement sans suite d'une infraction dont l'auteur présumé est connu afin d'en limiter le nombre.

Le processus d'orientation des procédures emprunte le parcours immuable de la chaîne de commandement hiérarchique. À la clôture d'une enquête, le service en charge de l'affaire transmet par courrier le dossier de la procédure au Procureur de la République afin qu'il en évalue l'état. Avant toute décision, il vérifie que les faits qui lui sont rapportés constituent bien une infraction pénale dans tous ses éléments constitutifs. Il s'assure également de sa compétence et de l'absence de causes d'irrecevabilité de l'action publique telle que la prescription, l'amnistie et les immunités.

Après cet examen préalable, le représentant du parquet lit et analyse la procédure. *« À la vérité, il arrive de plus en plus fréquemment qu'à la réception du dossier, le magistrat du ministère public soit déjà informé, au moins partiellement, de son état, en raison du développement de ce que l'on appelle le "traitement direct" ou "traitement en temps réel". Il consiste pour le Procureur de la République, à exiger des OPJ une information téléphonique sur les infractions constatées ou dénoncées, et principalement sur les dossiers de procédure dans lesquels une ou plusieurs personnes ont été interpellées, afin que soit apportée une réponse judiciaire immédiate lorsque le dossier est en état »*<sup>111</sup>.

**575.** Dans le cadre d'un traitement immédiat par téléphone ou différé par courrier de la procédure, la décision d'orientation est prise en l'absence et sans consultation de la défense. Selon Denis Salas<sup>112</sup> *« on observe en pratique une prééminence des règlements administratifs initiaux, où interviennent la police et le parquet, qui se déroulent les trois-quarts du temps hors la présence du public*<sup>113</sup>. *La justice pénale s'apparente à cet « entonnoir à filtre successif » décrit par P. Robert et C. Faugeron, où les mécanismes bureaucratiques sont prépondérants à tel point que ce système réaliserait « une sorte de répartition officieuse des tâches : au parquet la décision de culpabilité, à la juridiction de jugement, la sentence ou choix de la peine »*<sup>114</sup>.

Pour l'aider à déterminer la voie procédurale idoine, le Procureur de la République dispose de plusieurs critères d'orientation. La nature des faits définit une première direction générale en fonction de la classification tripartite des infractions. La solidité et la pertinence des preuves recueillies et inscrites dans le dossier informent le parquetier sur l'opportunité d'un renvoi devant une juridiction de jugement. L'attitude générale du mis en cause pendant l'enquête, sa reconnaissance ou sa contestation des faits, l'absence de casier judiciaire ou au contraire l'inscription de plusieurs mentions influencent sa décision. La politique pénale générale ou locale, la densification du circuit organisant les procédures alternatives aux poursuites, la surcharge de travail de certains services<sup>115</sup> participent accessoirement à l'orientation de la

<sup>110</sup> Circ. du 14 mai 2004 relative aux dispositions de la loi du 09 mars 2004 immédiatement applicables, BOMJ n°94, Section 1 § 1.1.3°.

<sup>111</sup> GUINCHARD, Serge., BUISSON, Jacques. op. cit. p.642.

<sup>112</sup> SALAS, Denis. *Du procès pénal*. Coll. « Les voies du droit », Éd. PUF, 1992, p.123.

<sup>113</sup> ROBERT, Philippe., FAUGERON, Claude. *Les forces cachées de la justice*. Éd. Le Centurion, 1980, p.58.

<sup>114</sup> ROBERT, Philippe. *La question pénale*. Éd. Droz, 1984, p.212.

<sup>115</sup> *« Le procureur ne peut renvoyer devant le juge pénal plus d'affaires que celui-ci est en capacité de juger. Cette capacité est fixée par le nombre d'audiences correctionnelles qui est fixé dans l'ordonnance annuelle de roulement et par le nombre des dossiers renvoyés par le parquet à chaque audience [...]. Cette cuisine interne, souvent ignorée des avocats, a pourtant une grande importance. La décision d'orienter un dossier pénal au départ et le choix de la procédure par le parquet sont, dans la pratique, souvent contraints par des questions d'horaires, de stocks, de flux, de capacité de jugement, de délais [...]. Si le parquet poursuit plus d'affaires pénales que les juges correctionnels ne peuvent examiner, le stock s'accroît et les délais s'allongent au point de*

procédure. Dans chaque dossier, le magistrat du parquet apprécie, soupèse chacun de ces éléments avant de prendre sa décision. Mais à aucun moment, la défense n'a la possibilité « d'exposer sa cause [au magistrat] dans des conditions qui ne la désavantagent pas d'une manière appréciable par rapport à la partie adverse ». Se pose alors la question de savoir si la décision d'orientation du ministère public doit être ou non soumise aux principes directeurs du procès ?

De nombreux arguments y sont favorables. Certes, la situation juridique est singulière. Le ministère public apprécie en opportunité une affaire en étant à la fois juge et partie. Ce bicéphalisme produit une décision de nature *sui generis* distincte des décisions judiciaires rendues par les juridictions du siège avec indépendance et impartialité.

Cependant, ce choix d'orientation n'en demeure pas moins une décision judiciaire prise par un magistrat de l'ordre judiciaire<sup>116</sup>. Au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, il ne fait aucun doute qu'elle attrait à la matière pénale<sup>117</sup> et qu'elle fait grief à la défense<sup>118</sup>. Au surplus, le caractère de juge et partie n'est pas sans rappeler le statut de l'administration pénitentiaire au sein des procédures disciplinaires. Or, en cette matière les principes du contradictoire et de l'égalité des armes et les droits de la défense sont reconnus par le droit interne<sup>119</sup> et européen<sup>120</sup>.

**576.** L'intervention de la défense dans la décision de l'orientation des procédures se justifie par l'importance des intérêts en jeu.

Sur le plan des conséquences, les décisions du parquet sont proches de celle du siège. Le choix de ne pas poursuivre s'apparente à une décision de relaxe et la poursuite est synonyme de condamnation. Le ministère public possède le pouvoir de conditionner la sanction par l'orientation qu'il donne à une affaire. Il suffit d'observer les statistiques sur la répartition des procédures pénales pour s'en convaincre. Sur les 1 455 657 procès-verbaux, plaintes, dénonciations correspondant à des infractions poursuivables au cours de l'année 2004, 366 414 procédures, soit 25,2 %, ont fait l'objet d'un classement sans suite, tandis que 1 089 243

---

*rendre inefficace la réponse judiciaire. Si le parquet décide alors de fixer, à chaque audience un nombre excessif de dossiers, les audiences sont une durée excessive qui nuit à la qualité de la justice pénale et les juges pratiquent une politique de renvoi des dossiers pour ajuster le temps de l'audience, ce qui accroît encore le stock et les délais de jugement* ». Depuis la loi du 09 mars 2004, le nombre des audiences pénales est fixé par une décision conjointe du siège et du parquet. In **DALLE**, Hubert. *Juges et procureurs dans la loi Perben II*. in *Le nouveau procès pénal après la loi Perben II*. (dir. Jean Danet), Éd. Dalloz 2004, p.455.

<sup>116</sup> Les magistrats du parquet et les juges du siège sont très attachés à la notion de corps judiciaire unique. À chaque étude de projet de réforme, ils sont hostiles aux modifications de leur statut. in Rapport du Sénat n°345 par C. Cointat, annexe au procès-verbal de la séance du 03 juillet 2002 sur quels métiers pour quelle justice ? V. CEDH du 03 juin 2003, Aff. *Pantea c/Roumanie*, req. n°33343-96, § 235 et s. **RENUCCI**, Jean-François. *Le Procureur de la République est-il un magistrat au sens de l'article 5 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme ?* in Libertés, justice, tolérance : Mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen-Jonathan. Éd. Bruylant, 2004.

Disponible sur : <http://senat.fr/rap/r01-345/r01-345.html> [consulté le 08/07/2007]

<sup>117</sup> CEDH du 08 juin 1976, Aff. *Engel et autres c/Pays-Bas*, Série A, n°22. La Cour rejette le critère organique pour reconnaître la matière pénale. Elle lui préfère un critère matériel. Pour identifier la matière pénale, elle utilise la réunion de trois réactifs que sont les indications du droit national, la nature du fait ou du comportement transgresseur et le but et la sévérité de la sanction. **GUINCHARD**, Serge., **BUISSON**, Jacques. op. cit. p.11.

<sup>118</sup> CEDH du 08 juin 1976, Aff. *Engel et autres c/Pays-Bas*, Série A, n°22, §§80-85. **BERGER**, Vincent. *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*. 10<sup>e</sup> Éd. Dalloz, 2007, p.293.

<sup>119</sup> Cf. supra n°503 et s.

<sup>120</sup> CEDH du 28 juin 1984, Aff. *Campbell et Fell c/Royaume-Uni*, Série A, n°80, §§67-74. **SUDRE**, Frédéric., **MARGUENAUD**, Jean-Pierre., **ANDRIANTSIMBAZOVINA**, Joël., et al. *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*. Coll. Thémis, 4<sup>e</sup> Éd. PUF, 2007, p.245 et s.

procédures, soit 74,8 %, ont donné lieu à des poursuites judiciaires<sup>121</sup>. Le traitement judiciaire réservé à ces dernières s'est traduit par un renvoi devant les juridictions compétentes pour 674 522 affaires (62 %), par une procédure alternative aux poursuites pour 388 944 affaires (36 %) et par une composition pénale pour les 25 777 affaires (2 %) restantes.

En ce qui concerne les personnes faisant l'objet d'une alternative aux poursuites, elles sont certaines de bénéficier d'un classement de leur procédure après l'exécution de sanctions mesurées<sup>122</sup>. Pour les six personnes sur dix qui sont renvoyées devant une juridiction judiciaire, elles sont quasiment certaines d'être condamnées puisque le taux de condamnation est de 96 %<sup>123</sup>. Dans cette hypothèse, les peines privatives de liberté fermes ou assorties d'un sursis partiel représentent 95 % des condamnations criminelles<sup>124</sup>, et 35,8 % des condamnations délictuelles. En 2004, sur les 43 099 affaires renvoyées en comparution immédiate, 18 234 personnes ont fait l'objet d'un mandat de dépôt. Cette orientation induit pour la personne poursuivie un risque sur deux d'être incarcérée<sup>125</sup>.

Il résulte de ces données statistiques que le choix du circuit procédural par le représentant de l'accusation n'est pas neutre. Il dispose d'un pouvoir d'orientation des procédures qui peut également s'entendre comme un préjugement à travers son pouvoir de conditionner la sanction. Au surplus, la dimension stratégique de cette décision est renforcée par le fait qu'elle est insusceptible de connaître une quelconque voie de recours. Devant l'importance des enjeux pour la défense, pour l'équilibre des forces entre les parties, il serait légitime d'entendre la position et les propositions de la défense avant de prendre toute décision d'orientation.

## B – Un droit de la défense inédit

**577.** Notre proposition d'institutionnaliser l'intervention de la défense dans l'orientation des procédures est inédite par sa portée générale. Comme J. Danet le précise, l'organisation d'un débat entre la défense et l'accusation lors de la mise en état a fait l'objet de récentes réformes. « *La CRPC en est évidemment le premier exemple. Le parquet et la défense débattent seuls de la peine. Mais la loi du 09 mars 2004 a introduit, en matière de criminalité organisée*<sup>126</sup>, *une autre hypothèse de débat contradictoire entre parquet et défense. Lorsque les moyens d'investigation d'exception, propres à la criminalité organisée,*

---

<sup>121</sup> Annuaire statistique de la justice. La Documentation française, Éd. 2006, p.107.

<sup>122</sup> Les sanctions s'échelonnent du rappel à la loi à la mesure d'amende en passant par la réparation, la confiscation des objets du délits et le remboursement des dommages à la victime. La composition pénale fait l'objet d'une décision de condamnation. Néanmoins les mesures encourues restent clémentes (amende, remise de son véhicule, du permis de conduire, exécuter un travail non rémunéré auprès d'une collectivité...). Cf. art. 41-2 C. pr. pén.

<sup>123</sup> En 2004, devant la Cour d'Assises, le taux de condamnation est de 92 %, devant le Tribunal correctionnel, il est 95,4 %, devant le Tribunal de police, il est 97,3 % et devant les juridictions de proximité, il est de 96,9 %, soit taux de condamnation global de 96,3 %. in Annuaire statistique de la justice. La Documentation française, Éd. 2006, p.125 ; 127 ; 131 et 133.

<sup>124</sup> La peine d'emprisonnement ferme représente 50 % des condamnations criminelles prononcées en 2004, les peines d'emprisonnement mixtes s'élèvent à 45 % et la peine assortie d'un sursis total ne dépasse pas les 5 %. *ibid. idem. p.147.*

<sup>125</sup> *Ibid. idem. p.127.*

<sup>126</sup> Art. 706-106 du C. pr. pén.

*ont été utilisés en enquête préliminaire, le procureur doit entendre la personne mise en cause avant de choisir la suite de la procédure »<sup>127</sup>.*

Dans les travaux parlementaires de la loi du 09 mars 2004, les députés justifient l'instauration d'un débat contradictoire devant le Procureur de la République par le respect de l'équilibre entre le renforcement des outils au service de la manifestation de la vérité et les droits de la défense. « *La procédure pénale française privilégie la confrontation entre le magistrat du siège, seul susceptible de prendre une décision de justice privative de liberté, et la personne mise en cause assistée de son avocat. Or, la prérogative du représentant du ministère public dans l'orientation des affaires justifie pleinement qu'en matière de lutte contre la criminalité davantage de contradictoire soit introduit »<sup>128</sup>.* Cette prérogative du ministère public n'est-elle pas identique et aussi lourde de conséquences pour la défense en matière de droit commun ? Comme nous venons de le démontrer, la décision d'orientation renferme des enjeux stratégiques pour la défense. Pour satisfaire aux intérêts de la défense et rétablir l'équilibre entre les parties, nous entendons étendre cette initiative processuelle aux infractions de droit commun.

Comme pour l'accès au dossier et les demandes d'investigation, l'intervention de la défense dans la décision d'orientation de la procédure est ouverte à toute personne mise en cause et susceptible de faire l'objet de poursuites. Pour les mêmes raisons sus-développées, en réalité, l'exercice de ce droit revient à l'avocat de la défense. En qualité de représentant de la personne poursuivie, il lui appartient d'apporter la contradiction auprès du magistrat du parquet en charge de l'affaire. Se pose alors de nombreuses questions sur les limites de son action, sa mise en œuvre et sa finalité.

**578.** L'inscription des principes du contradictoire et de l'égalité des armes dans un processus de décision partisan n'entend pas remettre en cause le principe d'opportunité des poursuites. En aucun cas il ne s'agit pour la défense d'une tentative de transaction ou de quelconques pourparlers avec l'accusation dans le but de négocier le choix de la voie procédurale. Une telle immixtion du modèle accusatoire dans notre système mixte bouleverserait considérablement notre procédure pénale jusqu'à en modifier sa nature. Notre culture juridique et nos traditions judiciaires n'y sont pas prêtes et la majorité des auteurs et des praticiens ne souhaitent pas une telle réforme. Fort heureusement, l'exercice des principes du contradictoire et de l'égalité des armes ne se limite pas au seul modèle accusatoire. En outre, il serait contre productif de développer ces principes dans le but de reproduire des déficiences reconnues au sein des systèmes judiciaires anglo-saxon.

L'émergence de ce nouveau droit de la défense en amont de l'orientation des procédures entend seulement avoir une possibilité de présenter le dossier sous un autre angle. Tous les acteurs judiciaires savent qu'il existe plusieurs manières de présenter une procédure au représentant du ministère public. Ces derniers sont d'ailleurs conscients de leur instrumentalisation par les OPJ pendant la garde à vue. La présentation de l'affaire est un moyen de pression efficace pour obtenir des déclarations conciliantes de la part du mis en cause. En accordant une faculté d'expression à la défense, non seulement on met un terme à un mode de preuve déloyal, mais en outre, on offre à l'accusation une vision contradictoire de l'affaire. Nous sommes convaincu que les représentants du parquet ne seraient pas hostiles à ce nouveau droit. Ils en retireraient des avantages : il est plus facile et équitable de juger d'une

---

<sup>127</sup> DANET, Jean. *Justice pénale, le tournant*. Coll. Le Monde actuel, Éd. Gallimard, 2006, p.181.

<sup>128</sup> Rapport de l'Assemblée nationale n°856 par J-L. Warsmann du 14 mai 2003, sur le projet de loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, t. 1.

Disponible sur : [http://www.assemblee-nationale.fr/12/rapports/r0856-t1.asp#P1294\\_247400](http://www.assemblee-nationale.fr/12/rapports/r0856-t1.asp#P1294_247400) [consulté le 08/07/2007]

affaire lorsque l'on dispose de deux versions contradictoires<sup>129</sup>, et ils resteraient libres de prendre leur décision comme ils le souhaitent.

**579.** Pour être effectif, ce nouveau droit doit connaître une mise en œuvre simple et informelle. Le traitement immédiat par téléphone ou différé par courrier de la procédure ne modifie pas fondamentalement l'intervention de la défense. Elle s'effectue principalement par écrit et accessoirement par oral.

Pendant la phase policière et en amont de l'orientation, la défense doit disposer du temps, de l'espace et des moyens nécessaires à son expression. Si le mis en cause exerce seul ce droit, après ou entre les auditions, il lui est possible de s'exprimer par écrit sur une pièce cotée et jointe à la procédure. Cependant, il faut admettre que dans la pratique cette modalité d'exercice risque d'être très marginal. Il est rare que la personne poursuivie ait des connaissances juridiques et l'expérience nécessaire pour rédiger une synthèse de sa position. À ces éléments, il faut ajouter la fatigue physique et psychologique des interrogatoires pour les personnes placées en garde à vue. En réalité, il s'agit d'une mission qui revient naturellement au professionnel de la défense, l'avocat.

Dans l'hypothèse où le mis en cause est assisté d'un conseil, il appartiendra à ce dernier en concertation avec son client de préciser ou non le contenu de leur défense. L'avocat pourra ainsi mettre à profit l'entretien de trente minutes pour discuter des faits, étudier les preuves établies par le dossier et définir sa stratégie de défense. Concrètement l'exercice de ce droit se manifesterait par un écrit annexé à la procédure policière dans lequel le conseil aura la liberté d'exprimer la position du gardé à vue par rapport aux faits et aux preuves. Il y présentera les éléments favorables, ceux qui ne sont pas discrétionnairement dits ou inscrits dans le procès-verbal d'audition. Il se risquera à donner une autre explication aux faits qui lui sont reprochés, ou au contraire, il confirmera celle de son audition. Au terme de son exposé, il pourra également faire une proposition d'orientation et tenter de la justifier.

À la réception du dossier, lorsque le représentant du ministère public analysera la procédure avant son orientation, il disposera d'une version contradictoire des faits pour prendre sa décision. En ce qui concerne les affaires traitées par le service de traitement direct (STD), plusieurs modalités d'exercice sont offertes. Si l'avocat est présent lors de l'appel au magistrat, il est permis d'envisager une conférence téléphonique. L'OPJ fait son rapport puis il laisse la parole à l'avocat de la défense. Dans l'hypothèse très probable de son absence, le magistrat du parquet peut prendre connaissance de son écrit par télécommunication<sup>130</sup>, et se décider dans l'instant.

Cette inscription du principe de l'égalité des armes dans un processus décisionnel partisan est inédite mais légitime. La force des enjeux pour la défense, la simplicité de la mise en œuvre et le fait qu'il ne soit pas nécessaire de mobiliser de nombreux moyens en amont, laissent entrevoir une possibilité d'application immédiate de ce nouveau droit.

---

<sup>129</sup> Nous pensons notamment aux affaires où le magistrat hésite entre plusieurs voies procédurales. Les éléments inscrits par la défense pourront être une aide à la décision.

<sup>130</sup> Envoi par fax ou mail. Ces voies de communication sont régulièrement utilisées par les intéressés lorsque le magistrat de permanence souhaite lire une audition ou un rapport avant de prendre sa décision.

## CONCLUSION CHAPITRE 2

**580.** Il est permis d'envisager un meilleur équilibre entre l'accusation et la défense pendant la mise en état du dossier pénal. Les déficiences actuelles du principe sont injustifiées. Elles contribuent au caractère inéquitable et déloyal de notre justice pénale. Pourtant, il suffirait de peu pour affirmer le respect du principe de l'égalité des armes et des droits de la défense durant cette phase stratégique.

Il ne s'agit nullement de répondre à l'ensemble des besoins de la défense mais uniquement de satisfaire les plus pressants, ceux où les enjeux sont importants et les discussions délicates. De toutes les manières, la défense ne dispose pas des moyens de ses ambitions, et l'accusation veille à préserver un certain déséquilibre entre les parties. L'affirmation du principe de l'égalité des armes ne peut donc être que relatif. Ce qui ne l'empêche nullement de faire progresser les droits de la défense.

Une présence continue de l'avocat en garde à vue en matière de crime et d'infraction à caractère sexuelle constitue un progrès considérable des droits de la défense sans que cela mette en péril l'efficacité de la répression. Le contentieux est limité, l'intervention de l'avocat est encadrée et les enquêteurs disposent toujours de leur moyen d'investigation.

La possibilité laissée à la défense de demander des actes d'investigation pendant l'enquête octroie à celle-ci un rôle actif, semblable à celui de l'instruction. Il est temps de ne plus percevoir la défense comme une contrariété à la vérité, mais davantage comme un contradicteur, à part entière, dans la recherche de la vérité.

Enfin, l'intervention de la défense dans la décision d'orientation des procédures est légitime. Il est certain que son exercice modifierait à la marge, uniquement, les décisions du ministère public, mais elles bénéficieraient du respect des principes et des droits de la défense.

## CONCLUSION TITRE 2

**581.** Le développement des principes du contradictoire et de l'égalité des armes renforce les droits de la défense. La consolidation du contradictoire à travers l'accès au dossier d'une part, et l'affirmation de l'égalité des armes avec l'intervention de l'avocat pendant les interrogatoires, ses demandes d'acte et ses remarques sur l'orientation de la procédure d'autre part, participent à un renouveau des droits de la défense.

Les progrès dans chacun des sous-systèmes concourent au renforcement du système général, celui des droits de la défense. Pris isolément, le développement d'un élément parmi les sous-systèmes, comme l'accès à la procédure, connaît des effets limités sur la force des droits de la défense. La connaissance du dossier en garde à vue par l'avocat du mis en cause est d'une utilité réduite s'il ne peut pas agir en temps utile pendant l'enquête. L'hypothèse inverse est également vraie. Si le conseil n'a pas accès au dossier, il lui est difficile de demander des

investigations. En revanche, lorsque les sous-systèmes connaissent un essor simultané, cette synergie produit un accroissement significatif des droits de la défense. De par leur structure systémique et leur fonctionnement en réseau, le strict développement des principes n'est pas sans incidence sur les droits. L'exercice de ces derniers est garanti par le respect des premiers. Mais, il convient également de reconnaître que le renforcement des principes entraîne un renouveau de droits existants et le développement de droits inédits.

## CONCLUSION

**582.** Les droits de la défense dans le procès pénal s'accroissent, et ils continueront à progresser dans l'avenir. Nous sommes conscient du caractère provocateur d'une telle affirmation lorsque tous les observateurs<sup>1</sup> constatent, au contraire, une montée en puissance des pouvoirs du ministère public. Nous comprenons qu'elle puisse heurter certains auteurs et susciter de vives critiques. Néanmoins, nous maintenons notre propos et nous nous en expliquons.

Il est indiscutable de constater une progression des droits de la défense sur un plan historique. Pour apprécier l'évolution d'un objet, on se doit de l'examiner dans le temps. Sans remonter nécessairement loin dans l'histoire de notre procédure pénale, ces cinquante dernières années, nous avons pu mesurer les progrès manifestes des droits dans toutes les phases du procès pénal. L'accroissement est horizontal avec l'émergence des droits de la défense aux antipodes du procès, dans des champs d'application encore inédits. Ils s'appliquent avec plus ou moins de succès en amont du procès au sein des procédures alternatives aux poursuites, ainsi qu'en aval, au sein de l'exécution des peines.

La progression des droits est également verticale. Ils se renforcent aux stades classiques du procès. Le Code de procédure pénale de 1958 institutionnalise l'enquête officieuse et la garde à vue. Les lois de 1993 complétées par la loi du 15 juin 2000, autorisent l'entrée de l'avocat dans les commissariats et développent des prérogatives spécifiques. À l'instruction, la réforme de 1984 organise les débats contradictoires en matière de détention provisoire. Les lois de 1993 instituent le statut de témoin assisté et la loi du 05 mars 2007 favorise la participation de la défense dans la mise en état du dossier pénal. Pour l'audience, la loi du 15 juin 2000 reconnaît la possibilité de faire appel des décisions de Cour d'Assises.

---

<sup>1</sup> V. Journées d'études Dalloz. *Le nouveau procès pénal après la loi Perben II*. (dir. Jean Danet), Éd. Dalloz 2004.



**583.** En valeur absolue, il est acquis que les droits de la défense progressent. Cependant, il convient de nuancer cette affirmation tant au regard de l'accusation que des contingences propres et externes aux droits. Ceux-ci n'évoluent pas dans un contexte statique mais au sein d'une procédure pénale en perpétuel mouvement.

Pour les appréhender dans leur environnement dynamique, nous avons adopté une approche systémique sous l'angle des principes du contradictoire et de l'égalité des armes. Cette méthode d'analyse a permis de confirmer notre hypothèse de départ. Elle l'a aussi nuancé. Si les droits progressent de manière générale et au fur et à mesure que l'on se rapproche de l'audience, ils connaissent aussi de graves déficiences durant la phase policière.

La méthode systémique a révélé toute la pertinence des relations que les droits et les principes entretiennent tout au long du procès. Elle démontre un double mouvement entre le système général des droits de la défense et les sous-systèmes des principes.

Le premier mouvement joue un rôle de gardien. L'exercice des principes garantit l'application des droits. Ce rôle est essentiellement dévolu au principe du contradictoire. Le droit de garder le silence comme celui de ne pas témoigner contre soi-même sont tous deux des droits reconnus au plus haut de la hiérarchie des normes. Pourtant, ils restent « *théoriques et illusoires* » si l'on n'applique pas le principe du contradictoire pour informer le mis en cause de leur existence. Avant d'exercer un droit, encore faut-il en avoir connaissance. À l'opposé, lorsque la personne est informée de son droit à s'entretenir avec un avocat, son exercice est garanti par la mise en œuvre du principe du contradictoire. Les droits deviennent « *concrets et effectifs* ». Il ne sert à rien de multiplier les droits de la défense s'il n'existe pas en pratique un respect des principes du contradictoire et de l'égalité des armes.

Le second mouvement tient un rôle plus actif. Les principes n'agissent plus seulement pour protéger mais pour faire progresser les droits de la défense. Ce rôle est essentiellement dévolu au principe de l'égalité des armes. À l'examen des droits à travers les principes, il est constaté que les déficiences des seconds portent gravement atteinte aux premiers, notamment dans la phase policière. Aussi, nous proposons de développer les principes. Pour le contradictoire, il est envisagé l'accès au dossier pendant la garde à vue. Pour l'égalité des armes, il est prévu l'intervention de l'avocat durant les interrogatoires et lors de l'orientation des procédures, ainsi que la possibilité pour la défense de solliciter des investigations pendant l'enquête. Le développement des principes engendre un renouveau des droits existants et une émergence de droits inédits.

Les principes sont à la fois les garants et les moteurs du développement des droits.

**584.** L'approche systémique des droits sous l'angle des principes confirment certaines évolutions comme l'influence croissante de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur notre droit interne. Les condamnations de la France pour le non respect des droits de la défense, du contradictoire, de l'égalité des armes, de l'équité de la procédure, et plus rarement pour des traitements inhumains ou dégradants, contribuent au respect des principes généraux du droit européen. Les magistrats de Strasbourg jouent un rôle essentiel dans l'harmonisation des droits européens et la protection des libertés individuelles.

L'approche systémique des droits sous l'angle des principes présente également une alternative à la classification classique des systèmes pénaux. L'analyse de notre triptyque ne permet pas de déterminer la nature de notre procédure pénale. Elle ne démontre pas davantage un mouvement de notre système, historiquement inquisitoire, vers l'accusatoire.

Ni inquisitoire, ni accusatoire, notre procédure pénale ne tendrait-elle pas vers un nouveau système, un concept inspiré du droit européen, celui de procès équitable ?

**585.** Quoi qu'il en soit, le renforcement des droits de la défense est inéluctable. Le poids de la tradition et la ferme volonté de préserver l'efficacité de l'enquête peuvent certes ralentir ce mouvement, mais ils ne constituent en rien un obstacle insurmontable. Pour l'accès au dossier comme pour l'intervention de l'avocat en garde à vue, ils s'accommodent parfaitement avec un exercice encadré des droits.

En réalité, la plus grande difficulté que la défense se doit d'affronter est sa propre réformation. Un renforcement des droits par le développement des principes ne peut pas s'envisager sans une professionnalisation de la défense pénale.

L'accusation, partie principale au procès est structurée, hiérarchisée, et ouverte sur la société civile. Elle participe à la politique de la ville. Elle est capable d'une réflexion corporatiste d'ensemble. Face à elle, la défense apparaît au contraire atomisée, dispersée et submergée par le flux des affaires courantes. Il lui est difficile de mener une réflexion globale ou collective sur des questions de politique pénale.

Pourtant, les développements des principes et des droits envisagés, exigent de nouvelles structures, de nouveaux modes de fonctionnement et une approche rénovée de la défense pénale. Ils requièrent sa professionnalisation. Les avocats devront être spécialisés en procédure pénale et rompus aux interrogatoires de police et à la lecture rapide des dossiers. Ils devront décider de l'opportunité et de la nature des investigations à solliciter. Ces nouveaux droits réclament de nouvelles aptitudes et compétences de travail. Ils sont également le gage de nouvelles responsabilités.

Pour y faire face, les Barreaux doivent se restructurer et s'adapter à ces nouvelles demandes en temps réel. L'intervention de l'avocat en garde à vue auprès de son client pourrait durer tout le temps de la mesure. La gestion de cet aléa est incompatible avec un emploi du temps classique d'avocat.

La défense pénale devra également réfléchir à se doter d'une structure juridique adaptée si elle veut pouvoir se substituer à une défense régulièrement défaillante. Nous pensons à l'auto-censure forcée qu'elle doit subir lorsqu'elle ne dispose des moyens nécessaires pour faire reconnaître ses intérêts devant la Cour européenne des droits de l'homme. Lorsqu'une jurisprudence interne intéressant les droits de la défense est *contra legem* ou contraire à la Convention européenne des droits de l'homme, le ministère public ne saisit pas toujours la juridiction européenne. Pourtant la défense des libertés individuelles est aussi importante que celle de l'ordre public.

Il appartiendrait alors à la défense pénale, personne morale, de porter l'affaire devant les juges européens pour faire reconnaître les droits de la défense. Il en résulterait une défense pénale plus forte, plus active, à égalité des armes avec l'accusation.

Ce meilleur équilibre des forces au sein du procès pénal ne peut qu'être bénéfique pour notre justice puisqu'il tend à la rendre équitable.

N'oublions pas cette maxime : « *Quiconque sans l'ouïr condamne un criminel, son crime eût-il cent fois mérité le supplice, d'un juste châtement il fait une injustice* »<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Pierre Corneille (Médée, p.160, in Théâtre complet, Éd. RVG)

## Conclusion

## **Bibliographie**

## I – Traités, manuels et ouvrages généraux

**ANDRE-JEAN**, Arnaud. *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*. 2<sup>nd</sup> Éd. LGDJ, 1993.

**ASCENSIO**, Hervé. **DECAUX**, Emmanuel. **PELLET**, Alain. (dir). *Droit international pénal*. CEDIN Paris X, Éd. Pedone, 2000.

**BERGER**, Vincent. *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*. 10<sup>e</sup> Éd. Dalloz, 2007.

**Von BERTALANFFY**, Ludwig. *Théorie générale des systèmes*. Coll. systémique, Éd. Dunod, 1993.

**BESSON**, Antonin., **VOUIN**, Robert., **ARPAILLANGE**, Pierre. *Code annoté de procédure pénale*. Paris, 1958.

**BOULOC**, Bernard. **LEVASSEUR**, Georges., **STEFANI**, Gaston. *Procédure pénale*. Coll. Précis Dalloz, 19<sup>e</sup> Éd. 2004.

**BOULOC**, Bernard. *Procédure pénale*. Coll. Précis Dalloz, 20<sup>e</sup> Éd. 2006.

**BOUZAT**, Pierre., **PINATEL**, Jean. *Traité de droit pénal et de criminologie*. 2<sup>nd</sup> Éd. Dalloz, t. 2, 1970.

**CABRILLAC**, Rémy., **FRISON-ROCHE**, Marie-Anne., **RENET**, Thierry (dir.) *Libertés et droits fondamentaux*. 9<sup>e</sup> Éd. Dalloz, 2003.

**CADIET**, Loïc. *Droit judiciaire privé*. Éd. Litec, 2000.

**CARBASSE**, Jean-Marie. *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*. Coll. Droit fondamental, Éd. PUF, 2000.

**CARBONNIER**, Jean. *Sociologie juridique*. Coll. Quadrige, Éd. PUF, 1994.

**CARBONNIER**, Jean. *Flexible du droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*. 9<sup>e</sup> Éd. LGDJ, 1998.

**CERE**, Jean-Paul. *Droit disciplinaire en prison*. Traité de Sciences Criminelles, Éd. L'Harmattan, 2001.

**CHAMBON**, Pierre. *Le juge d'instruction. Théorie et pratique de la procédure*. 4<sup>e</sup> Éd. Dalloz 1997.

**COHEN-JONATHAN**, Gérard. *Aspects européens des droits fondamentaux*. 3<sup>e</sup> Éd. Montchrétien, 2002.

**CONTE**, Philippe., **MAISTRE du CHAMBON**, Patrick. *Procédure pénale*. 4<sup>e</sup> Éd. Armand Colin, 2002.

- CORNU**, Gérard., **FOYER**, Jean. *Procédure civile*. Coll. Thémis, Éd. PUF, 1996.
- DELMAS-MARTY**, Mireille. *Procédures pénales d'Europe*. Coll. Thémis, Éd. PUF, 1996.
- DERIEUX**, Emmanuel. *Droit européen et internationale des médias*. Éd. LGDJ, 2003.
- DESPORTES**, Frédéric., **LE GUNEHEC**, Francis. *Le nouveau droit pénal*. Coll. Droit pénal, Éd. Economica, t. 1, Droit pénal général, 1997.
- DONNEDIEU DE VABRES**, Henri. *Traité de droit criminel*. 3<sup>e</sup> Éd. Recueil Sirey, 1947.
- FAVOREU**, Louis., **PHILIP**, Loïc. *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*. 13<sup>e</sup> Éd. Dalloz, 2005.
- FAVOREU**, Louis. *Droit constitutionnel*. 9<sup>e</sup> Éd. Dalloz, 2006.
- FOYER**, Jean. *Histoire de la justice*. Éd. PUF, 1996.
- GAUDEMET**, Jean. *Institutions de l'Antiquité*. Paris, 5<sup>e</sup> Éd. 1998.
- GLASSON**, Ernest-Désiré., **TISSIER**, Albert., **MOREL**, René. *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire et de compétence et de procédure civile*. 3<sup>e</sup> Éd. Sirey, t. 2, 1925.
- GUINCHARD**, Serge., **BUISSON**, Jacques. *Procédure pénale*. 3<sup>e</sup> Éd. Litec, 2005.
- GUINCHARD**, Serge., **LAGARDE**, Xavier., **DOUCHY-OUDOT**, Mélina et al. *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*. Coll. Précis Dalloz, 4<sup>e</sup> Éd. 2007.
- HELIE**, Faustin. *Code d'instruction criminelle*. Pratique criminelle des Cours et Tribunaux, 5<sup>e</sup> Éd. 1951.
- HERON**, Jacques. *Droit judiciaire privé*. Coll. Domat droit privé, 3<sup>e</sup> Éd. Montchrestien, 1999.
- HERZOG-EVANS**, Martine. *Droit de l'application des peines*. 2<sup>e</sup> Éd. Dalloz action, 2005.
- JEANDIDIER**, Wilfrid., **BELLOT**, Jacques. *Procédure pénale*. Coll. Thémis, Éd. PUF, 1986.
- KELSEN**, Hans. *Théorie générale des normes*. Coll. Léviathan, Éd. PUF, 1996.
- KELSEN**, Hans. *Théorie pure du droit*. Coll. La pensée juridique, Éd. LGDJ, Bruxelles, Bruylant, 1999.
- LAMBERT**, Louis. *Traité de police judiciaire*. 3<sup>e</sup> Éd. Desvignes, 1951.
- LE MOIGNE**, Jean-Louis. *La théorie du système général. Théorie de la modélisation*. 3<sup>e</sup> Éd. PUF, 1990.

**LE MOIGNE**, Jean-Louis. *La modélisation des systèmes complexes*. Coll. Afcet systèmes, Éd. Dunod, 1993.

**LEVASSEUR**, Georges., **CHAVANNE**, Albert., **MONTREUIL**, Jean et al. *Droit pénal général et procédure pénale*. 14<sup>e</sup> Éd. Sirey, 2002.

**MATSOPOULOU**, Haritini. *Les enquêtes de police*. Coll. Bibliothèques de sciences criminelles, Éd. LGDJ, t. 32, 1996.

**MERLE**, Roger., **VITU**, André. *Traité de droit criminel. Procédure pénale*. 5<sup>e</sup> Éd. Cujas, 2001.

**MOREL**, René. *Traité élémentaire de procédure civile*. 3<sup>e</sup> Éd. Sirey, 1949.

**OPPETIT**, Bruno. *Philosophie du droit*. Éd. Dalloz. 1999.

**ORTOLAN**, Joseph-Louis-Elzéar. *Éléments de droit pénal. Pénalité. Juridictions. Procédure*. Éd. Plon, 1855.

**OTTENHOF**, Reynald. (dir.) *L'individualisation de la peine. De Saleilles à aujourd'hui*. Éd. Érés, 2001.

**OUELLET**, André. *Processus de recherché. Une approche systémique*. Éd. Presses de l'Université de Québec, 1991.

**PETIT**, Jacques Guy. (dir.) *Histoire des galères, bagnes et prisons, XIIe au XX siècles*. Éd. Privat, 1991.

**PETIT**, Jacques Guy., **FAUGERON**, Claude., **PIERRE**, Michel. *Histoire des prisons en France 1789-2000*. Éd. Privat. 2002.

**PETTITI**, Louis-Edmond., **DECAUX**, Emmanuel., **IMBERT**, Pierre-Henri. *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*. 2<sup>nd</sup> Éd. Economica, 1999.

**PINATEL**, Jean. *Traité élémentaire de science pénitentiaire et de défense sociale*. Éd. Sirey, 1950.

**PONCELA**, Pierrette. *Droit de la peine*. Coll. Thémis, 2<sup>nd</sup> Éd. PUF, 2001.

**PRADEL**, Jean. *L'instruction préparatoire*. Éd. Cujas, 1990.

**PRADEL**, Jean. *Manuel de procédure pénale*. 13<sup>e</sup> Éd. Cujas, 2006.

**PRADEL**, Jean., **CORSTENS**, Geert. *Droit pénal européen*. Éd. Dalloz. 1999.

**RASSAT**, Michèle Laure. *Traité de procédure pénale*. Coll. Droit fondamental, Éd. PUF, 2001.

**RAVIER**, Paul., **MONTREUIL**, Jean. *L'enquête de police judiciaire*. Lavauzelle, 1979.

**ROYER**, Jean-Pierre. *Histoire de la justice en France*. Coll. Droit fondamental, Éd. PUF, 1995.

**SAINT-PIERRE**, François. *Le guide de la défense pénale*. 3<sup>e</sup> Éd. Dalloz, 2004.

**SIMON**, Herbert-Alexander. *Sciences des systèmes sciences de l'artificiel*. Coll. Afcet systèmes, Éd. Dunod, 1991.

**SOLUS**, Henri., **PERROT**, Roger. *Droit judiciaire prive, procédure de première instance*. Éd. Sirey, t. 3, 1991.

**SUDRE**, Frédéric. *Droit européen et international des droits de l'homme*. Coll. Droit fondamental, 7<sup>e</sup> Éd. PUF, 2005.

**SUDRE**, Frédéric., **MARGUENAUD**, Jean-Pierre., **ANDRIANTSIMBAZOVINA**, Joël., et al. *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*. Coll. Thémis, 4<sup>e</sup> Éd. PUF, 2007.

**VINCENT**, Jean., **GUINCHARD**, Serge. *Procédure civile*. 27<sup>e</sup> Éd. Dalloz, 2003.

**VITU**, André. *Procédure pénale*. Coll. Thémis, Éd. PUF, 1957.

**VIZIOZ**, Henri. *Études de procédure*. Bière, 1956.



## II – Ouvrages spéciaux

**ANCEL**, Marc. *La défense sociale nouvelle, un mouvement de politique criminelle humaniste*. Paris, Cujas, 1954.

**ANGEVIN**, Henri. *La pratique de la chambre de l'instruction*. Éd. Litec, 2004.

**BADINTER**, Robert. *L'exécution*. Éd. Fayard, 1973.

**BADINTER**, Robert. *La prison républicaine 1871-1914*. Paris, LGF, 1994.

**BADINTER**, Robert. *L'abolition*. Éd. Fayard, 2001.

**BAILLEAU**, Francis. *Les jeunes face à la justice pénale. Analyse critique de l'application de l'ordonnance de 1945*. Coll. Alternatives sociales, 1996.

**BONAFE-SCHMITT**, Jean-Pierre. *La médiation : une justice douce*. Coll. Alternatives sociales, 1992.

**BONAFE-SCHMITT**, Jean-Pierre. *La médiation pénale en France et aux États-Unis*. Coll. Droit et Société, LGDJ, 1998.

**BOULAN**, Fernand. *Liberté de la presse et droit pénal*. En hommage au doyen Fernand Boulan, XII<sup>e</sup> journées de l'Association Française de Droit Pénal, Presse Universitaire d'Aix Marseille, 1994.

**BOULEZ**, Jacques. *Expertises judiciaires. Désignation et mission de l'expert, procédure selon la juridiction*. Encyclopédie Delmas, 11<sup>e</sup> Éd. 1999.

**BOURCIER**, Danièle., **DE BONIS**, Monique. *Les paradoxes de l'expertise. Savoir ou juger*. Coll. les empêcheurs de penser en rond, 1999.

**BREDIN**, Jean-Denis., **LEVY**, Thierry. *Convaincre : Dialogue sur l'éloquence*. Éd. Odile Jacob, 2002.

**BUFFAROT**, D. *Étude de mémoires et factums déposés au Parlement de Toulouse de 1720 à 1780*. Mémoire, Toulouse, 1997.

**BUQUET**, Alain. *L'expertise des écritures*. Presse du CNRS, 1991.

**BUQUET**, Alain. *Manuel de criminalistique moderne : la science et la recherche de la preuve*. 2<sup>nd</sup> Éd. PUF, 2003.

**CARIO**, Robert. (dir.) *La médiation pénale. Entre répression et réparation*. Coll. logiques juridiques, L'Harmattan, 1997.

**CARLIER**, Christian. *Histoire de Fresnes, prison "moderne" : de la genèse aux premières années*. Paris, Syros, 1998.

**CERE**, Jean-Paul. *Le contentieux disciplinaire dans les prisons françaises et le droit européen*. Coll. logiques juridiques, Éd. L'Harmattan, 1999.

**CHARON**, Jean-Marie., **FURET**, Claude. *Un secret si bien violé*. Éd. Le Seuil, 2000.

**CHAUVAUD**, Frédéric., **DUMOULIN**, Laurence. *Experts et expertises judiciaires*. Presses Universitaires de Rennes, 2003.

**CHAUVENET**, Antoinette., **ORLIC**, Françoise., **BENIGUI**, Georges. *Le monde des surveillants de prison*. Éd. PUF, Paris, 1994.

**CLEMENT**, Sophie., **PORTELLI**, Serge. *L'interrogatoire*. SOFFIAC, 2001.

**CLIGMAN**, Olivia., **GRATIOT**, Laurence., **HANETEAU**, Jean-Christophe. *Le droit en prison*. Coll. États de droits, Dalloz, 2001.

**COHEN-TANUGI**, Laurent. *Le droit sans l'État*. Éd. PUF, 1992.

**DANET**, Jean. *Défendre. Pour une défense pénale critique*. Coll. Regards sur la justice, 2<sup>nd</sup> Éd. Dalloz 2004.

**DANET**, Jean. (dir.) *Le nouveau procès pénal après la loi Perben II*. Éd. Dalloz 2004.

**DANET**, Jean. *Justice pénale, le tournant*. Coll. Le Monde actuel, Éd. Gallimard, 2006.

**DECOCQ**, André., **MONTREUIL**, Jean., **BUISSON**, Jacques. *Le droit de la police*. Éd. Litec, 1991.

**DELACHENAL**, Roland. *Histoire des avocats au Parlement de Paris*. Éd. Plon, 1885.

**DELMAS-MARTY**, Mireille. *Le flou du droit*. Éd. PUF, 1986.

**DELMAS-MARTY**, Mireille. *Raisonnement la raison d'état. Vers une Europe des droits de l'homme*. Coll. Les voies du droit, Éd. PUF, 1989.

**DELMAS-MARTY**, Mireille. *Procès pénal et droits de l'homme. Vers une conscience européenne*. Coll. Les voies du droit, Éd. PUF, 1992.

**DELMAS-MARTY**, Mireille. *La place du droit pénal dans la société contemporaine*. Ouvrage collectif, Coll. Thème et Commentaire, Dalloz 2000.

**Del VECCHIO**, Giorgio. *La justice – la vérité*. Essai de philosophie et morale, Paris, Éd. Dalloz, 1955.

**DE SCHUTTER**, Olivier., **KAMINSKI**, Dan. (dir.) *L'institution du droit pénitentiaire. Enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus*. Éd. Bruylant, LGDJ, Coll. la pensée juridique, 2002.

**DIAZ**, Charles. *La Police technique et scientifique*. Coll. Que sais-je ?, Éd. PUF, 2000.

**DONZELOT**, Jacques., **WYVEKENS**, Anne., **MEVEL**, Catherine. *Faire société. La politique de la ville aux États-Unis et en France.* Éd. Seuil, 2003.

**DOUTREMEPUICH**, Christian. *Les empreintes génétiques en pratique judiciaire.* La Documentation française, 1998.

**DOUTREMEPUICH**, Christian. *ADN mitochondrial.* La Documentation française, 2003.

**DULONG**, Renaud. *L'Aveu. Histoire, sociologie, philosophie.* Coll. Droit et Justice, Éd. PUF, 2001.

**DUPEUX**, Jean-Yves., **LACABARATS**, Alain (dir.). *Liberté de la presse et droits de la personne.* Coll. Thèmes et Commentaires, Dalloz, 1997.

**DURAND**, Daniel. *La systémique.* Coll. Que sais-je ?, 3<sup>e</sup> Éd. PUF, 1987.

**ERRERA**, Roger. *Justice pénale, police et presse.* Sous la présidence de R. Errera. Travaux de l'institut de sciences criminelles de Poitiers, n° 7, Éd. Cujas, 1988.

**FAGET**, Jacques. *Justice et travail social. Le rhizome pénal.* Éd. Érès, 1992.

**FAGET**, Jacques. *La médiation. Essai de politique pénale.* Éd. Érès, 1997.

**FAGET**, Jacques. *Accès au droit et médiation.* Rapport de recherche du GIP " Mission de recherche Droit et Justice", 2000, n°12.

**FOUCAULT**, Michel. *Histoire de la folie à l'âge classique.* Éd. Gallimard, 1972.

**FOUCAULT**, Michel. *Dits et écrits.* T. 2, 1974.

**FOUCAULT**, Michel. *Surveiller et punir. Naissance de la prison.* Éd. Gallimard, 1975.

**FOUCAULT**, Michel. *La volonté de savoir,* Paris, 1976.

**FRISON-ROCHE**, Marie-Anne., **MAZEAUD**, Denis. *L'expertise.* Dalloz, 1995.

**FRISON-ROCHE**, Marie-Anne., **MARIN**, Jean-Claude., **NOCQUET**, Claude. *La justice pénale face à la délinquance économique et financière.* Dalloz, 2001.

**GARAPON**, Antoine. *L'âne portant des reliques. Essai sur le rituel judiciaire.* Coll. Justice humaine, 1985.

**GARAPON**, Antoine. *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire.* Éd. O. Jacob, 1997.

**GARAPON**, Antoine., **GROS**, Frédéric., **PECH**, Thierry. *Et ce sera justice. Punir en démocratie.* Éd. Odile Jacob, 2001.

**GARAPON**, Antoine., **PAPADOPOULOS**, Ioannis. *Juger en Amérique et en France.* Éd. O. Jacob, 2003.

- GARCON**, Maurice. *Défense de la liberté individuelle*. Éd. Fayard, 1957.
- GAZZANIGA**, Jean-Louis. (dir.) *Histoire des avocats et du barreau de Toulouse du XVIII<sup>e</sup> à nos jours*. Privat, 1992.
- GLEIZAL**, Jean-Jacques. *La police nationale. Droit et pratique policière en France*. Presse universitaire de Grenoble, 1974.
- GREISALMER**, Laurent., **SCHNEIDERMAN**, Daniel. *Les juges parlent*. Éd. Fayard, 1992.
- GUERRIN**, Muriel. *Nullités de procédure*. Rép. pén. Dalloz, 2001.
- GUERY**, Christian. *La détention provisoire*. Coll. Dalloz Référence, 2001.
- HELIE**, Faustin., **BROUCHOT**, Jean et Jacques., **GAZIER**, Jacques. *Analyse et commentaire du Code de procédure pénale*. Paris, 1959.
- HENNAU-HUBLET**, Christiane., **KNOPPERS**, Bartha-Maria. *L'analyse génétique à des fins de preuve et les droits de l'homme*. Travaux de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain. Éd. Bruylant, 1997.
- HERZOG-EVANS**, Martine. *La gestion du comportement du détenu. Essai de droit pénitentiaire*. L'harmattan, Coll. Logiques juridiques, Paris, 1998.
- HUMBERT**, Michel. *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*. Précis Dalloz 1997.
- ISORNI**, Jacques. *Les cas de conscience de l'avocat*. Librairie académique Perrin, 1965.
- INCHAUSPE**, Dominique. *L'innocence judiciaire*. Éd. Litec, 2001.
- KASTANAS**, Elias. *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*. Bruylant, Bruxelles, 1996.
- LAMBERT**, Elisabeth. *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. Contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*. Bruylant, Bruxelles, 1999.
- LECLERC**, Henri. *Un combat pour la justice*. Éd. La découverte, 1994.
- LECLERC**, Henri., **THEOLLEYRE**, Jean-Marc. *Les médias et la justice. Liberté de la presse et respect du droit*. CFPJ Éd. 1996.
- LE GALLOU**, Francis., **BOUCHON-MEUNIER**, Bernadette. *Systémique. Théorie & application*. Gesta, 1992.
- LERBET**, Georges. *Approche systémique et production de savoir*. L'harmattan, 1993.
- LEVY**, Thierry. *L'animal judiciaire*. Éd. Grasset, 1975.

- LEVY**, Thierry. *Justice sans dieu*. Éd. Odile Jacob, 2000.
- LEVY**, Thierry. *Éloge de la barbarie judiciaire*. Éd. Odile Jacob, 2004.
- LOMBARD**, Paul. *Mon intime conviction*. Éd. Robert Laffont, 1977.
- LOMBARD**, Paul. *Quand la justice se trompe*. Éd. Robert Laffont, 1981.
- LUMBROSO**, Pierre., **SERANOT**, Christian. *La légitimité des juges d'instruction*. Éd. du Rocher, 2001.
- MEYZONNIER**, Patrice. *Les forces de police dans l'Union Européenne*. IHESI, Éd. L'Harmattan, 1994.
- MOMMSEN**. Théodore. *Le droit pénal romain*. in le *Manuel des Antiquités romaines*, Trad. Duquesne, J, Paris, 1907, 3 Vol.
- MOUSSA**, Tony. *L'expertise : matières civile et pénale*. Coll. Dictionnaire juridique, 1983.
- OLLIER**, Jean. *La réforme de l'instruction préparatoire : commentaire de la loi du 8 décembre 1897*. Éd. Rousseau, 1898.
- PAPADOPOULOS**, Ioannis. *Le Plea bargaining au Etats-Unis. Une discussion de ses problèmes juridiques et économiques et de son intégration dans le système pénal américain*. IHEJ, Coll. Les Notes, Éd. PUF, 2004.
- PAPADOPOULOS** Ioannis. (dir.). *Plaider coupable. La pratique américaine, le texte français*. Éd. P.U.F., 2004.
- PEDRON**, Pierre. *La prison et les droits de l'homme*. LGDJ, 1995.
- POLLAK**, Émile. *La parole est à la défense*. Éd. Robert Laffont, 1975.
- RABILLIER**, Stéphanie. *Les restrictions administratives à la liberté de la presse face aux exigences constitutionnelles et européennes*. Coll. Droit public positif, Éd. PUAM, 2002.
- RAWLS**, John. *Théorie de la justice*. Coll. Empreintes, Éd. du Seuil, 1987.
- RAWLS**, John. *Justice et démocratie*. Coll. la couleur des idées, Éd. du Seuil, 1993.
- ROBERT**, Philippe., **FAUGERON**, Claude. *Les forces cachées de la justice*. Éd. Le Centurion, 1980.
- ROMANO**, Santi. *L'ordre juridique*. Éd. Dalloz. 2002.
- ROZES**, Simone., **LOMBARD**, Paul. *Le juge et l'avocat. Dialogue sur la justice*. Éd. Robert Laffont, 1992.
- SALAS**, Denis. *Du procès pénal*. Coll. « Les voies du droit », Éd. PUF, 1992.

**SCHARBACH**, Hugues. *Expertises psychiatriques et médico-psychologiques*, selon les classifications pénales, Éd. A. Lacassagne, Lyon, 1990, vol. 1.

**SIMONNOT**, Dominique. *Justice en France. Une loterie nationale*. Éd. de la Martinière, 2003.

**SOULEZ-LARIVIERE**, Daniel. *L'avocature. « Maître, comment pouvez-vous défendre ? »* Éd. Ramsay, 1982.

**SOULEZ-LARIVIERE**, Daniel. *Les juges dans la balance*. Éd. Ramsay, 1987.

**SOULEZ-LARIVIERE**, Daniel. *Justice pour la justice*. Éd. Seuil, 1990.

**SOULEZ-LARIVIERE**, Daniel. *Du cirque médiatico-judiciaire et des moyens d'en sortir*. Éd. Seuil, 1993.

**SOULEZ-LARIVIERE**, Daniel. *Grand soir pour la justice*. Éd. Seuil, 1997.

**SOULEZ-LARIVIERE**, Daniel. *Lettre à un jeune avocat*. Éd. Balland, 1999.

**TERRE**, François. *Le doute et le droit*. Philosophie et théorie générale du droit, Éd. Dalloz, 1994.

de **TOCQUEVILLE**, Alexis. *Œuvres complètes : Écrits sur le système pénitentiaire en France et à l'étranger*. Paris, Gallimard, 1984.

**TRUCHE**, Pierre. *Juger, être jugé. Le magistrat face aux autres et à lui même*. Fayard, 2001.

**VAN DE KERCHOVE**, Michel., **OST**, François. *Le système juridique entre ordre et désordre*. Coll. Les voies du droit, Éd. PUF, 1988.

**VAN DE KERCHOVE**, Michel., **OST**, François. *De la pyramide au réseau ? pour une théorie dialectique du droit*. Publication des Facultés universitaire Saint-Louis, Bruxelles, 2002.

**VASSEUR**, Véronique. *Médecin-chef à la prison de la santé*. Le cherche midi éditeur, 2000.

### III – Thèses, mémoires et monographies

**AMBROISE CASTEROT**, Coralie. *De l'accusatoire et de l'inquisitoire dans l'instruction préparatoire*. Thèse, Bordeaux, 2000.

**ASCENSI**, Lionel. *Du principe de la contradiction*. Thèse Paris I, Panthéon-Sorbonne, 2005.

**ASTRING**, Antoine. *Droits et garanties de l'accusé dans le procès criminel d'Ancien régime (XVI-XVIIIe siècles), Audace et pusillanimité de la doctrine pénale française*, Thèse, Montpellier, 1996.

**BATTESTI**, Florence. *La dimension européenne des droits de la défense*. Thèse, Corse, 2005.

**DI MARINO**, Gaëtan. *Les nullités de l'instruction préparatoire*. Thèse Aix-en Provence, 1977.

**FRISON-ROCHE**, Marie-Anne. *Généralités sur le principe du contradictoire*. Thèse Paris II, 1988.

**GAGNOUD**, Pierre. *L'enquête préliminaire et les droits de la défense*. Thèse, Nice, 1998.

**GAUTRON**, Virginie. *Les politiques publiques de lutte contre la délinquance*. Thèse, Nantes, 2006.

**HUC**, Olivier. *La mission de police judiciaire et les libertés fondamentales*. Thèse, Paris, 1990.

**LAURENT**, Nathalie. *La notion de suspect en matière pénale*. Thèse, Lyon III, 2001.

**LUCIANI-MIEN**, Dominique. *L'effectivité des droits de la défense en procédure pénale*. Thèse, Paris, 2006.

**LUDWICZAK**, Franck. *Les procédures alternatives aux poursuites : une autre justice pénale*. Thèse, Lille, 2006.

**MARGRAFF**, Auguste. *La situation de la victime d'une infraction pendant l'instruction préparatoire*. Thèse, Strasbourg, 1938.

**MELLOR**, Alec. *La Torture : son histoire, son abolition, sa réapparition au XXe siècle*. Monographie, 1961.

**MILBURN**, Philip. *La défense pénale. Une relation professionnelle*. Thèse de doctorat en Sociologie, Université de Paris VIII, 1991.

**MOLINA**, Emmanuel. *La liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain*. Thèse, publiée au PUF, Aix-Marseille, 2001.

**PIN, Xavier.** *Le consentement en matière pénale.* Thèse publiée à la LGDJ, Coll. Bibliothèque des sciences criminelles, T. 36, 2002.

**RASPAL, Henri.** *L'évolution des droits de la défense devant les juridictions d'instruction.* Thèse, Montpellier, 1924.

**RIBEYRE, Cédric.** *La communication du dossier pénal.* Thèse, Grenoble, 2004.

**ROUSSEL, Gildas.** *Rédaction et exploitation des procès-verbaux depuis la loi du 15 juin 2000.* Mémoire DEA, L'Harmattan, 2004.

**ROUSSEL, Gildas.** *Mise en œuvre de la suspicion et procès pénal équitable.* Thèse, Nantes, 2007.

**THOMAS-CHEVALLIER, Arnaud.** *L'avocat et le juge d'instruction.* Thèse, Nancy, 1978.

**SHIBAHARA, Kuniji.** *La garde à vue et son contrôle en droit comparé.* Thèse, Paris II, 1974.



## IV – Articles

**ADER**, Basile. *La relation justice-média*. Rev. sc. crim. 2001, p.71.

**ANCEL**, Marc. *La déclaration des droits de l'homme de 1789 et l'évolution du droit pénal français*. RTDH, 1990, p.99.

**ANGEVIN**, Henri. *Mort d'un dogme. À propos de l'instauration, par la loi du 15 juin 2000, d'un second degré de juridiction en matière criminelle*. JCP 2000, I, 40, p.1795.

**APAP**, Georges. *La conciliation pénale à Valence*. Rev. sc. crim. 1990, p.693.

**ARMAGNAC**, Henri., **BLUCHE**, Olivier., **CHABERT**, Benoît., et al. *Le système espagnol de la garde à vue*. Gaz. Pal. du 23 avril 1994, p.491.

**ARMAND-PREVOST**, Michel. *L'avocat, le juge et le médiateur*. PA du 8 juillet 1998, n°81.

**ARMAND-PREVOST**, Michel., **CASTON**, Albert., et al. *Du caractère contradictoire de l'expertise en matière pénale*. Groupe de travail réunissant des avocats et des experts judiciaires. Gaz. Pal. du 13 au 17 août 2004, chron. p.2366.

**ARNAULT**, Séverine., **KRIEF**, Patrick. *Le coût des expertises*. SDSSED, Février 2003.

**ARTUS**, Didier. *À propos des punitions de cellule et de l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme*. PA du 05 février 1997, n°16.

**AUBUSSON de CAVARLAY**, Bruno., **HURE**, Marie-Sylvie. *Arrestations, classements, défèrements, jugements. Suivi d'une cohorte d'affaires pénales de la police à la justice*. Coll. Études et données pénales, CESDIP, 1995, n°72.

**AUBUSSON de CAVARLAY**, Bruno. *Les statistiques policières : que compte-t-on et comment ?* Questions pénales, 1997, n°3.

**AUTESSERRE**, Maryvonne. *Définition du principe du contradictoire en matière pénale*. in Problèmes actuels de science criminelle, Vol XII, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1999, p.101.

**AUVRET**, Patrick. *Le journaliste, le juge et l'innocent*. Rev. sc. crim. 1996, p.625.

**BARANES**, William., **FRISON-ROCHE**, Marie-Anne., **ROBERT**, Jacques-Henri. *Pour le droit processuel*. D. 1993, chron. p.9.

**BARATTA**, Alessandro., **MOCCIA**, Sergio., **VAN DE KERCHOVE**, Michel., et al. *Dossier : Vérité procédurale ou vérité substantielle*. Revue Déviance et Société, 2000, Vol. 24, n° 1, p.91.

**BARTHELEMY**, Jean. *Les nouvelles frontières du procès équitable*. in les nouveaux développements du procès équitable au sens de la CEDH, Éd. Bruylant, 1996.

**BEERNAERT**, Marie-Aude. *La recevabilité des preuves en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*. RTDH 2007, p.81.

**BEIGNIER**, Bernard., **de LAMY**, Bertrand. *Recel de violation de secret de l'instruction et liberté d'expression*. D. 2001, Jurisp. p.2538.

**BELORGEY**, Jean-Michel. *La situation générale du temps des procédures devant les juridictions*. in le temps dans la procédure, D. 1995, p.5.

**BENICHO**, Michel. *Garde à vue : admettre la présence de l'avocat lors des interrogatoires*. PA du 20 avril 2000, n° 79, p.3.

**BENSOUSSAN**, Alain. " *Égalité des armes* " ou le partage de la gestion électronique des dossiers d'instruction. Gaz. Pal. du 21 janvier 1999, p.122.

**BERG**, Rémi. *L'avocat et le médiateur*. PA du 28 juillet 1999, n°149, p.17.

**BESSON**, Antonin. *Chronique sur la garde à vue*. Rec. D. 1958, p.136.

**BESSON**, Antonin. *La police judiciaire et le Code de procédure pénale*. Rec. D. 1959, chron. XXI.

**BIBAL**, Dominique. **MENARD**, Martine. *Étude sur le régime disciplinaire dans les établissements pénitentiaires des États membres du Conseil de l'Europe*. Direction de l'administration pénitentiaire, Service des études et de l'organisation, 1987.

**BIGOT**, Christophe. *Journalisme et recel*. D. 2000, Jurisp. p.167.

**BIJU-DUVAL**, Jean-Marie. *La défense devant la Cour pénale internationale*. AJ pénal 2007, p.257.

**BILLAUD**, Alain. *Le rapport d'expertise pénale doit devenir contradictoire*. Gaz. Pal. 1998, p.1445.

**BITTI**, Gilbert. *La compatibilité de la procédure de comparution immédiate avec l'article 6 de la CEDH et le respect des droits de la défense*. APC 1994, n°16, p.25.

**BLANC**, Gérard. *La médiation pénale. Commentaire de l'article 6 de la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale*. JCP 1994, I, 3760.

**BLONDET**, Maurice. *La légalité de l'enquête officieuse*. JCP 1955, I, 1233.

**BLONDET**, Maurice. *Les pouvoirs de la police et de la gendarmerie au cours de l'enquête préliminaire*. JCP 1956, I, 1311.

**BLONDET**, Maurice. *L'enquête préliminaire dans le nouveau code de procédure pénal*. JCP 1959, I, 1513.

**BOCCARA**, Bruno. *La procédure dans le désordre : le désert du contradictoire*. JCP 1981, I, 3004.

**BOE**, Louis-Jean., **BONASTRE**, Jean-François., **BIMBOT**, Frédéric. *Pourquoi la Justice doit arrêter les expertises vocales*. Justice, n°169, novembre 2001, p.5.

**BOHLANDER**, Michael. *La défense de l'accusé en garde à vue : remarques sur la situation juridique en Allemagne*. Rev. sc. crim. 1994, p.310.

**BOLARD**, Georges. *Les principes directeurs du procès civil : Le droit positif depuis Henri Motulsky*. JCP 1993, I, 3693.

**BOLARD**, Georges. *Les juges et les droits de la défense, en procédure civile*. in Mélanges Pierre Bellet, 1991, p.49.

**BOLARD**, Georges., **GUINCHARD**, Serge. *Le juge dans la cité*. JCP 2002, I, 137.

**BONNAL**, Nicolas. *Les nullités au cours de la phase de jugement*. AJ pénal 2005, p.188.

**BORDESSOULE de BELLEFEULLE**, Pierre., **TROVATO di ANTINARI**, Frédéric. *L'avocat de la première heure*. PA du 15 avril 1998, n° 45, p.4.

**BOUGRAB**, Jeannette. *L'aide juridictionnelle, un droit fondamental ?* AJDA 2001, p.1016.

**BOULOC**, Bernard. *Les droits de la défense dans la procédure pénale applicable en matière de concurrence*. Rev. sc. crim. 1982, p.513.

**BOULOC**, Bernard. *De quelques transformations de l'instruction préparatoire*. Rev. pénit. 2000, n°1, p.39.

**BOULOC**, Bernard. *La durée des procédures : un délai enfin raisonnable ?* Rev. sc. crim. 2001, p.55.

**BOURDEAU**, Bruno. *L'injonction pénale avortée : scilicet sur une question de confiance*. D. 1995, Commentaire législatif p.45.

**BOURGOIN**, Nicolas. **GALINDO**, Carole. *La règle et son application : la punition en prison*. Rev. sc. crim. 2004, p.323.

**BOURMANNE**, Martine. *L'audition des témoins lors du procès pénal dans la jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l'homme*. RTDH, 1995, p.41.

**BRETON**, Jean-Marie. *Le conseil d'État et le principe du contradictoire : Réflexions sur les méthodes du juge administratif et les exigences procédurales*. PA du 12 février 1997, p.11.

**BRIERE**, Carine. *Réflexion sur le droit pénal des mineurs : de l'éducatif au répressif*. PA du 20 décembre 2002, n° 254, p.4.

**BRUEL**, Alain. (entretien avec) *Un itinéraire dans la justice des mineurs*. in *Délinquance juvénile, droit des mineurs et violences collectives*. Revue Esprit, octobre 2000, n°10.

**BRUNET**, Bernard. *La lutte contre la délinquance. Entre répression, éducation, processus démocratique et rôle de l'institution judiciaire.* Gaz. Pal. du 6 septembre 2002, p.4.

**BUISSON**, Jacques. *La légalité dans l'administration de la preuve pénale.* Revue Procédures, décembre 1998, p.3.

**BUISSON**, Jacques. *Contrôles et vérifications d'identité.* Juris-classeur Procédure pénale, Art. 78.1 à 78.5, Fascicule 10, 1998, p.4.

**BUISSON**, Jacques. *La garde à vue dans la loi du 15 juin 2000.* Rev. sc. crim. 2001, p.25.

**BULLIER**, Antoine J., **PANSIER**, Frédéric-Jérôme. *De la religion de l'aveu au droit du silence ou faut-il introduire en France le droit au silence des pays de Common Law ?* Gaz. Pal. du 8 février 1997, p.208.

**BURGELIN**, Jean-François. *La situation spécifique de la matière pénale.* in le temps dans la procédure, D. 1995, p.31.

**BYK**, Christian. *Tests génétiques et preuve pénale.* RIDC, 1998, Vol 2, p.683.

**CADIET**, Loïc. *Construire ensemble des débats utiles.* in Mélanges Jean Buffet. La procédure en tous ses états. PA, 2004, p.99.

**CAHEN**, Nicole. *Le droit à l'assistance d'un défenseur.* RTDH, 1991, p.371.

**CALLEWAERT**, Johan. *Témoignages anonymes et droits de la défense.* RTDH, 1990, p.270.

**CALLEWAERT**, Johan. *Procès équitable et égalité entre les accusés.* RTDH, 1991, p.230.

**CAMBI**, Alessandra. *Le droit à l'examen des moyens de défense.* RTDH, 1994, p.230.

**CANEPA**, Giacomo. *Les problèmes posés par l'expertise psychiatrique dans le cadre de l'activité médico-légale et de ses perspectives criminologiques.* Rev. sc. crim. 1976, p.887.

**CANIVET**, Guy. *Économie de la justice et procès équitable.* JCP 2001, I, 361, p.2085.

**CANTIER**, François. *Avocats sans frontières France.* D. 2001, chron. p.1108.

**CAPELLER**, Wanda de Lemos. *Les droits de la défense au Brésil "de la caserne aux favelas" vers une conscience des droits de l'homme.* APC 1993, n°15, p.87.

**CARATINI**, Marcel. *De quelques propositions tendant à améliorer l'expertise judiciaire.* Gaz. Pal. du 1<sup>er</sup> mai 1984, p.215.

**CARIO**, Robert. *La place de la victime dans l'exécution des peines.* D. 2003, chron. p.145.

**CARTIER**, Marie-Élisabeth. *Les modes alternatifs de règlement des conflits en matière pénale.* Revue générale de procédure, 1998, p.1.

**CASORLA**, Francis. *L'évolution des poursuites correctionnelles de 1990 à 1997*. Rev. pénit. 1999, n°1, p.87.

**CASORLA**, Francis. *La justice pénale à l'épreuve du concept de « restorative justice »*. Rev. pénit. 2000, n°1, p.31.

**CASTAIGNEDE**, Jocelyne. *La loi du 9 septembre 2002 : un nouveau regard porté sur le droit pénal des mineurs*. D. 2003, chron. p.779.

**CAUSSE**, Hervé. *Le principe de sûreté et le droit à la sécurité. Regard sur la futur loi « sécurité quotidienne »*. Gaz. Pal., 19 décembre 2001, n°353, p.2007

**CERE**, Jean-Paul. *L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et le procès disciplinaire en prison*. JCP 2001, I, 316, p.869.

**CERE**, Jean-Paul. *La loi du 9 septembre 2002 et l'amélioration du fonctionnement et de la sécurité des établissements pénitentiaires*. D. 2002, chron. p.3224.

**CERE**, Jean-Paul., **REMILLEUX**, Pascal. *De la composition pénale à la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : le "plaider coupable" à la française*. AJ pénal 2003, p.45.

**CERF**, Agnès. *Incompatibilité du droit général d'appel du procureur général contre les jugements de police avec la Convention européenne des droits de l'homme*. D. 1998, Jurisp. p.223.

**CHAMPEIL-DESPLATS**, Véronique. *La notion de « droit fondamental » et le droit constitutionnel français*. D. 1995, chron. p.323.

**CHARBONNEAU**, Cyrille., **PANSIER**, Frédéric-Jérôme. *Présentation de la loi du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure : de la LSQ à la LSI*. Gaz. Pal du 27 mars 2003, p.2.

**CHARIOT**, Patrick. *Le médecin en garde à vue*. Justice, n°169, novembre 2001, p.12.

**CHARVET**, Dominique. *Réflexions autour du plaider coupable*. D. 2004, chron. 35, p.2517.

**CHAUVENET**, Antoinette., **ORLIC**, Françoise., **BENGUIGUI**, Georges. *Les surveillants et la règle*. Déviances et société, 1994, Vol 18, n°3 p.286.

**CHAUVIN**, Nicolas. *L'interprétation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme : réelle avancée ou restriction déguisée ?* RUDH, 1997, p.347.

**CHEN**, Guang Zhong. *La réforme du droit de la procédure pénale en Chine*. Rev. sc. crim. 1998, p.1.

**CHIAVARIO**, Mario. *Durée des mesures limitatives de liberté au regard de la constitution et de la loi italienne*. Rev. sc. crim. 1989, p.55.

**CHIAVARIO**, Mario., **DELEUZE**, Barbara., **JUNG**, Heike., et al. *Étude comparée des procédures pénales en Europe*. APC 1993, n°15, p.15-53.

**CHIAVARIO**, Mario. *Les mouvements de réforme du procès pénal et la protection des droits de l'homme en Italie*. RIDP 1993, Vol 64, p.1193.

**CLEMENT MAZETIER**, Sophie., **PORTELLI**, Serge. *La réforme de l'instruction : des réalités aux libertés*. Gaz. Pal. du 18 juillet 1998, p.902.

**COHEN**, Dany. *Le droit à l'assistance effective d'un avocat de la défense*. RIDP 1992, Vol 63, p.729.

**COHEN-JONATHAN**, Gérard. *L'arrêt Kress de la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de cassation française : quelques observations*. Gaz. Pal. du 04 octobre 2002, p.1421.

**COHEN-JONATHAN**, Gérard. *L'égalité des armes selon la Cour européenne des droits de l'homme*. PA du 28 novembre 2002, n°238, p.21.

**COLOMB**, Coralie. *Nullité des contrôles d'identité*. AJ pénal 2005, p.139.

**COLOMB**, Coralie. *Nullité de la détention provisoire*. AJ pénal 2005, p.185.

**COLOMB**, Coralie. *Nullité de l'expertise*. AJ pénal 2005, p.187.

**COLOMBINI**, Albert. *Considérations sur le projet de Code d'instruction criminelle*. JCP 1950, I, 854.

**COMMARET**, Dominique. *Les exigences du procès équitable dans le domaine des droits de la défense*. Rev. sc. crim. 2005, p.868.

**CONTE**, Philippe. *Une personne mise en cause par la partie civile peut-elle bénéficier des dispositions de l'article 104 du Code de procédure pénale relatif au témoin assisté ?* JCP 2003, II, 10069, p.832.

**CORNUT**, Etienne. *Entre confusion et distinction : propos autour des contrôles d'identité*. D. 2002, Jurisp. p.992.

**CORSTENS**, GJM. *La rénovation de la procédure pénale néerlandaise*. RD pén. crim. 1995, p.571.

**COSTA**, Jean-Paul. *Le juge et les libertés*. Revue Pouvoirs, 1998, n° 84, p.75.

**COSTA**, Jean-Paul. *La Cour européenne des droits de l'homme*. D. 2002, chron. p.3148.

**COSTA**, Jean-Paul. *Les droits de la défense selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*. Gaz. Pal. du 04 octobre 2002, p.1418.

**COTTE**, Bruno. *Droit du prévenu à avoir copie des pièces du dossier*. Dr. pénal 1997, p.4.

**COUDERT**, François. *La procédure de jugement à délai rapproché des mineurs délinquants. Un outil attendu mais dont la mise en œuvre sera vraisemblablement limitée.* Dr. pénal, Mars 2003, p.4.

**COUVRAT**, Pierre., **GUIDICELLI-DELAGE**, Geneviève. *Le renforcement de la protection de la présomption d'innocence et des droits des victimes : Rapport de synthèse.* Rev. sc. crim. 2001, p.139.

**COUVRAT**, Pierre. *Le régime disciplinaire des détenus.* Rev. sc. crim. 1996, p.713.

**COUVRAT**, Pierre. *Le rôle moteur du développement des droits de l'homme en procédure pénale.* Dr. pénal, Février 2002, chron. p.4.

**CRETIN**, T. *Considérations et propositions à propos de l'expertise en écriture judiciaire.* Rev. sc. crim. 1988, p.474.

**CUTAJAR**, Chantal. *La loi pour la sécurité intérieure.* D. 2003, n°17, chron. p.1106.

**DADIA**, Joseph. *Le rôle de l'avocat dans le procès pénal.* Gaz. Pal. du 14 juin 1973, p.452.

**DALLE**, Hubert. *Juges et procureurs dans la loi Perben II.* in *Le nouveau procès pénal après la loi Perben II.* (dir. Jean Danet), Éd. Dalloz 2004, p.453.

**DANET**, Jean. *La notion d'état de santé et la détention en Europe.* Rev. sc. crim. 1996, p.67.

**DANET**, Jean. *La défense et le choix de la peine.* in *l'individualisation de la peine. De Saleilles à aujourd'hui.* (dir. Reynald **OTTENHOF**), Érès, 2001, p.245.

**DANET**, Jean. *Le procès d'assises après la réforme. Regard sur les pratiques.* Rev. sc. crim. 2003, p.289.

**DANET**, Jean. *Le droit pénal et la procédure pénale sous le paradigme de l'insécurité.* APC septembre 2003, n°25, p.27.

**DANET**, Jean. *La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. Ceci n'est pas un plaider coupable.* Rapport de synthèse du Colloque organisé par le Barreau de Versailles, le 28 novembre 2003.

**DANET**, Jean. *De la procédure à la répression de la criminalité organisée, ou laquelle est l'instrument de l'autre ?* AJ pénal 2004, p.192.

**DANET**, Jean. *La CRPC : un an après...* AJ pénal 2005, p.433.

**DANJAUME**, Géraldine. *Le principe de la liberté de la preuve en procédure pénale.* D. 1996, chron. p.153

**DARBEDA**, Pierre. *L'expertise de prélibération de l'article 722 CPP et le processus et de soins des auteurs d'infraction à caractère sexuel.* Rev. sc. crim. 1996, p.919.

**DE BONIS**, Monique. *Psychologie et évaluation de la responsabilité dans l'expertise psychiatrique*. Déviance et société, 1985, Vol.9, p.201.

**DEBOVE**, Frédéric. *Vers un droit pénal de la criminalité organisée ?* PA du 12 novembre 2002, n°226, p.4.

**DE CODT**, Jean. *La preuve par témoignage anonyme et les droits de la défense*. RTDH, 1998, p.157.

**DE GOUTTES**, Régis. *La convention européenne des droits de l'homme et le juge français*. RIDC, 1999, Vol 1, p.7.

**DELMAS-MARTY**, Mireille. *Vers une autre logique juridique : à propos de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*. D. 1988, chron. p.222.

**DELMAS-MARTY**, Mireille. *Réinventer le droit commun*. D. 1995, chron. p.1.

**DELMAS-MARTY**, Mireille. *Pluralisme et traditions nationales*. in Quelle Europe pour les droits de l'homme ? La cour de Strasbourg et la réalisation d'une union plus étroite, Bruylant 1996, p.81.

**DELMAS-MARTY**, Mireille. *La mondialisation du droit : chances et risques*. D. 1999, chron. p.43.

**DELMAS-MARTY**, Mireille. *L'espace judiciaire européen, laboratoire de la mondialisation*. D. 2000, chron. p.421.

**DELMAS-MARTY**, Mireille. *Le rôle du droit comparé dans l'émergence d'un droit commun*. D. 2001, chron. p.1326.

**DEMATTEIS**, Jean., **POULET-GIBOT LECLERC**, Nadine. *Peut-on supprimer l'article 11 du Code de procédure pénale relatif au secret de l'instruction ?* JCP 2002, I, 170, p.1781.

**DEMOUVEAUX**, Jean-Pierre. *Les décisions de mise à l'isolement des détenus constituent-elles des mesures faisant grief ?* D. 2003, Jurisp., p.377.

**DERIEU**, Emmanuel. *Secret de l'instruction et droit à l'information*. PA du 11 juin 1997, n° 70.

**DESDEVISES**, Marie-Clet. *L'évolution des expériences de médiation entre délinquants et victimes : l'exemple britannique*. Rev. sc. crim. 1993, p.45.

**DESDEVISES**, Marie-Clet. *La médiation pénale*. PA du 25 août 1997, n° 102.

**DESPORTES**, Frédéric. *Le secret de l'instruction*. in J-Cl. Procédure pénal, Art.11, 1998, p.4.

**DE VALKENEER**, Christian. *L'infiltration et la Convention européenne des droits de l'homme*. RTDH, 1993, p.313.



**DI MARINO**, Gaëtan. *Du code de procédure pénale version 1958 au code de procédure pénale version 2000*. Rev. pénit. 2000, n°1, p.87.

**DI MARINO**, Gaëtan. *La réforme de la détention provisoire et la loi du 15 juin 2000*. Rev. pénit. 2000, p.321.

**DINTHILLAC**, Jean-Pierre. *L'égalité des armes dans les enceintes judiciaires*. in Rapport annuel de la cour de cassation de 2003. La Documentation française.

**DOBKINE**, Michel. *La douane judiciaire, premier bilan d'une police thématique (nouvelles observations sur l'article 28-1 du Code de procédure pénale)*. D. 2002, n°44, chron. p.3284.

**DOLL**, Paul Julien. *L'interrogatoire de l'inculpé par les experts*. Gaz. Pal. du 27 juillet 1972, p.439.

**DONNEDIEU de VABRES**, Henri. *La réforme de l'instruction préparatoire*. Rev. sc. crim. 1949, p.502.

**DONZELOT**, Jacques., **WYVEKENS**, Anne. *Le « community policing » aux États-Unis, un mode alternatif de règlement des conflits urbains*. Publication du CEPS, Avril 2000.

**DORSNER-DOLIVET**, Annick. *Les dispositions de la loi du 15 juin 2000 renforçant les garanties judiciaires en matière de détention provisoire*. Dr. pénal, décembre 2000, p.4.

**DUBOIS**, M., **MURZYNOWSKI**, A. *Le droit à l'assistance effective d'un avocat de la défense en Pologne*. RIDP 1992, Vol 63, p.819.

**DUFOUR**, Olivia. *Le juge d'instruction n'est pas un accusateur public*. PA du 25 septembre 1998, numéro 115.

**DU JARDIN**, J., **MASSET**, A. *Les mouvements de réforme de la procédure pénale et la protection des droits de l'homme en Belgique*. RIDP 1993, Vol 64, p.949.

**DULONG**, Renaud. *La rationalité spécifique de la police technique et scientifique*. RICP juillet-septembre 2004, p.259.

**Du MESNIL du BUISSON**, Godefroy. *Le juge de l'application des peines, entre le coupable et sa victime*. D. 1999, chron. p.496.

**DUMOULIN**, Laurence. *La mosaïque de l'expertise judiciaire : entre public et privé, monopole et concurrence*. Cahier de la sécurité intérieure, n°34, 1998, p.233.

**EISSEN**, Marc-André. *L'avocat devant la Cour européenne des droits de l'homme*. in Mélanges **WIARDA**, protection des droits de l'homme : la dimension européenne, 1990, p.159.

**EL MASRI**, Walid. *Le dépôt des conclusions ou la production des pièces de dernière heure et les droits de la défense*. PA du 31 août 1994, n° 104.

- ESSEIVA**, Pierre., et al. *Les signatures chimiques à partir des saisies de produits stupéfiants*. RICP janvier-mars 2002, p.104.
- FABRE**, Martine. *Le droit à un procès équitable. Étude de jurisprudence sur l'application de l'article 6 § 1 CEDH*. JCP 1998, I, 158, p.1425.
- FAGET**, Jacques. *La médiation pénale, une dialectique de l'ordre et du désordre*. Déviance et société, 1993, n°3 p.221.
- FAGET**, Jacques. *Les enquêtes sociales rapides*. Rev. sc. crim. 1997, p.731.
- FOMBONNE**, Jacques. *Les difficultés juridiques dans la définition de l'expertise pénale*. Gaz. Pal. du 03 février 1995, p.196.
- FOYER**, Jean. *Réalisme, idéologies et politique dans le droit de la procédure pénale*. Rev. pénit. avril 2000, n°1, p.11.
- FRANCILLON**, Jacques. *Médias et droit pénal : Bilan et perspectives*. Rev. sc. crim. 2000, p.59.
- FRANCILLON**, Jacques. *Liberté d'expression, dignité de la personne et présomption d'innocence*. Rev. pénit. 2001, n°1, p.195.
- FRISON-ROCHE**, Marie-Anne. *Les droits fondamentaux des justiciables au regard du temps dans la procédure*. in le temps dans la procédure, D. 1995, p.11.
- GAGNOUD**, Pierre. *Les nullités de la garde à vue : essai d'un bilan*. Gaz. Pal. du 6 décembre 2000, n°341-342, p.2.
- GAGNOUD**, Pierre. *L'extension du droit de fouille des véhicules automobiles depuis la loi du 15 novembre 2001, dite « loi sur la sécurité quotidienne »*. Gaz. Pal du 1<sup>er</sup> au 5 novembre 2002, p.3.
- GAMBIER**, Thérèse. *La défense des droits de la personne dans la recherche moderne des preuves en procédure pénale française*. Dr. pénal, 1992, p.1.
- GARAY**, Alain. *L'avocat et la garde à vue médicalisée*. Gaz. Pal 6 janvier 1998, p.20.
- GIRAULT**, Carole. *Nullités de la garde à vue*. AJ pénal 2005, p.140.
- GIUDICELLI**, André. *Le témoin assisté et la personne mise en examen : vers un nouvel équilibre ?* Rev. sc. crim. 2001, p.43.
- GIUDICELLI**, André. *La nouvelle garde à vue*. AJ pénal 2004, p.161.
- GODARD**, Joëlle. *Contempt of course en Angleterre et en Écosse ou le contrôle des médias pour garantir le bon fonctionnement de la justice*. Rev. sc. crim. 2000, p.367.

- GOYET**, Charles. *À propos des nullités de l'instruction préparatoire : quelques remarques sur la distinction entre les nullités textuelles et des nullités substantielles*. Rev. sc. crim. 1976, p.899.
- GOZZI**, Marie-Hélène. *La loi sur la sécurité quotidienne et la lutte anti-terroriste*. D. 2002, chron. p.4.
- GRAVET**, Bernard. *Police technique et scientifique et pratiques professionnelles*. Les cahiers de la sécurité intérieure, n°21, 1995, p.25.
- GRUNVALD**, Sylvie. **DANET**, Jean. *Brèves remarques tirées d'une première évaluation de la composition pénale*. AJ pénal 2004, n°5, p.196.
- GUERIN**, Didier. *L'évolution de la notion juridique de la garde à vue*. Rev. pénit. avril 2000, n°1, p.16.
- GUERRIN**, Muriel. *Les changements opérés par la loi relative à la présomption d'innocence sur les nullités de procédure dans la phase préalable au jugement pénal*. Rev. sc. crim. 2000, p.753.
- GUERRIN**, Muriel. *Nullités de procédure*. Rép. pén. Dalloz, 2005.
- GUERRINI**, Franco. *De la preuve dans la procédure d'enquête en droit italien*. PA du 16 juin 1997, numéro 72.
- GUERY**, Christian. *Les paliers de la vraisemblance pendant l'instruction préparatoire*. JCP 1998, I, 140, p.1031.
- GUERY**, Christian. *Le nouveau juge des libertés et de la détention : premiers problèmes pratiques*. Gaz. Pal. du 8 septembre 2000, n°252-253, p.2.
- GUERY**, Christian., **ROLLAND**, Richard-Pierre. *Les houles inutiles. Propos sur le nouveau statut du témoin assisté*. Gaz. Pal. du 4 octobre 2000, n°278-279, p.2.
- GUERY**, Christian. *Le juge des libertés et de la détention : un juge qui cherche à mériter son nom*. D. 2004, chron. 583.
- GUERY**, Christian. *Le tribunal correctionnel et les nullités de l'instruction*. Dr. pénal, mai 2004, p.10.
- GUERY**, Christian. *La loi du 05 mars 2007 et l'instruction préparatoire*. AJ pénal 2007, p.108.
- GIUDICELLI** André. *Repenser le plaider coupable*. Rev. sc. crim., 2005, p.592.
- GUILBOT**, Michèle., **ROJARE**, Sophie. *La participation du Ministère Public à la médiation*. in APC n° 14, 1992. Acte du colloque sur la médiation pénale organisé par le CRPC.

**GUILLOUX**, Alain. *Rapport entre accusation et défense : des bons usages en matière de procédure pénale*. Gaz. Pal. du 26 et 27 janvier 2005, p.2.

**GUINCHARD**, Audrey. *La qualité de partie à l'instruction en droits (fédéral) américain et français*. Rev. sc. crim. 1997, p.611.

**GUINCHARD**, Serge. *Le procès équitable : garantie formelle ou droit substantiel ?* in Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard **FARJAT**, Éd. Frison-Roche, 1999, p.139.

**GUINCHARD**, Serge. *Dialogue imaginaire entre un justiciable moyen et un juriste désespéré par l'arrêt Kress*. D. 2003, chron. p.152.

**GUNTHER**, Jacques-Philippe. *Aide juridictionnelle : les avocats en colère*. PA du 31 octobre 2000, n°217, p.4.

**HAARSCHER**, Guy. *Philosophie des droits de l'homme*. Éd. de l'Université de Bruxelles, 1991.

**D'HAUTEVILLE**, Anne. *L'exercice des droits de la défense devant la Cour d'assises et la Convention européenne des droits de l'homme. Transaction entre les victimes d'actes de terrorisme et le Fonds de garantie et condamnation de l'auteur des actes à une somme supérieure* (absence de grief du fonds). Constitution de partie civile du Fonds de garantie, D. 1994, Jurisp. p.280.

**HEDERER**, Jacques. *Un an d'expérimentation de la composition pénale dans un TGI*. AJ pénal 2003, n°2, p.53.

**HENNION-JACQUET**, Patricia. *Les nullités de l'enquête et de l'instruction : un exemple du déclin de la légalité procédurale*. Rev. pénit. 2003, n°1, p.7.

**HENNION-JACQUET**, Patricia. *La double dénaturation des nullités en matière pénale*. D. 2004, Jurisp. p.1265.

**HERMITTE**, Marie-Angèle. *L'expertise scientifique à finalité politique, réflexions sur l'organisation et la responsabilité des experts*. Revue Justices n°8 du 01 octobre 1997, p.79.

**HERZOG-EVANS**, Martine. *Le point de vue du pénaliste*. in Colloque du 25 septembre 1997 consacré à « Un nouveau régime disciplinaire : une révolution en droit pénitentiaire ? », photocopié ENAP, p.20.

**HERZOG-EVANS**, Martine. *Doctrine de droit pénitentiaire. Lois récentes*. PA du 15 juillet 1998, n° 84, p.6.

**HERZOG-EVANS**, Martine. *Fouilles corporelles et dignité de l'homme*. Rev. sc. crim. 1998, p.735.

**HERZOG-EVANS**, Martine., **CERE**, Jean-Paul. *La discipline pénitentiaire : naissance d'une jurisprudence*. D. 1999, chron. p.509.

**HERZOG-EVANS**, Martine., **PECHILLON**, Éric. *L'entrée des avocats en prison, loi du 12 avril 2000*. D. 2000, chron. p.481.

**HERZOG-EVANS**, Martine., **TRABUT**, Charlotte. *La loi présomption d'innocence et l'exécution des peines*. D. 2000, chron. p.8.

**HERZOG-EVANS**, Martine. *Les droits de la défense et la prison*. RTDH, n°45, janvier 2001, p.15.

**HERZOG-EVANS**, Martine., **CERE**, Jean-Paul. *Fondements et modalités des différents scénarii possibles pour la réforme de la procédure disciplinaire en prison*. Gaz. Pal du 09 au 11 juin 2002, chron. p.2.

**HERZOG-EVANS**, Martine. *L'isolement carcéral n'est plus une mesure d'ordre intérieur*. D. 2003, p.2331.

**HODGSON**, Jacqueline. **RICH**, Geneviève. *L'avocat et la garde à vue : expérience anglaise et réflexions sur la situation actuelle en France*. Rev. sc. crim. 1994 ou 1995, p.319.

**HUGUENEY**, Louis. *Les droits de la défense devant le juge d'instruction*. Rev. sc. crim. 1952, p.195.

**INCHAUSPE**, Dominique. *L'affaire Outreau. Le point de vue de l'avocat*. Rev. pénit. 2006, n°2, p.361.

**JAN**, Pascal. *État de nécessité contre État de droit (à propos de la loi sur la sécurité quotidienne)*. D. 2001, chron. p.3443.

**JEAN LUC**. *De la procédure inquisitoire à la procédure accusatoire ou la réforme de la mise en état des affaires pénales de madame Guigou*. Gaz. Pal 22 octobre 1998, p.1372.

**JEAN-PIERRE**, Didier., **MELIN-SOUCRAMANIEN**, Ferdinand. *Le principe de l'égalité des armes*. Revue de la recherche juridique. Droit prospectif 1993, p.489.

**JUNG**, Heike. *Durée de la privation de liberté dans le cadre de la procédure pénale allemande*. Rev. sc. crim. 1989, p.64.

**JUNG**, Heike. *Le ministère public : portrait d'une institution*. APC n°15, p.15.

**KARSENTY**, Dominique. *L'article 63-1 du CPP dans la jurisprudence de la chambre criminelle*. Dr. pénal, juin 2000, p.4.

**KEBEICH**, Mahmoud. *L'assistance d'un conseil, comme moyen de la défense de l'inculpé, dans le droit français, le droit égyptien et le droit des États-unis d'Amérique*. Rev. sc. crim. 1985, p.271.

**KLEES**, Olivier. *De l'obligation de témoigner au droit au silence*. RTDH, 1994, p.248.

**KLEES**, Olivier. *La représentation du prévenu par l'avocat en matière pénale*. RD pén. crim. 1995, p.669.

**KOERING-JOULIN** Renée. *La notion de tribunal indépendant et impartial au sens de l'article 6 de la CEDH*. Rev. sc. crim. 1990, p.765.

**KOERING-JOULIN**, Renée. *De l'art de faire l'économie d'une loi (à propos de l'arrêt Kruslin et de ses suites)*. D. 1990, p.187.

**KOERING-JOULIN**, Renée. *La phase préparatoire du procès pénal : grandes lignes de la jurisprudence européenne*. in *Procès pénal et droits de l'homme. Vers une conscience européenne*. (dir.) **DELMAS-MARTY**, Mireille. Coll. Les voies du droit, Éd. PUF, 1992, p.47.

**KOERING-JOULIN**, Renée. *Le juge impartial*. Justices 1998, n°10, p.1.

**KRIEGK**, Jean-François. *Détention provisoire : du malentendu aux fausses bonnes idées*. Gaz. Pal. du 26 mai 1998, p.686-687.

**KUTY**, Franklin. *L'étendue du droit au silence en procédure pénale*. RD pén. crim. 2000, p.309.

**LABORDE**, Jean-Paul., **PRADEL** Jean. *Du ministère public en matière pénale. À l'heure d'une éventuelle autonomie ?* D. 1997, chron. p.141.

**LAMBERT**, Pierre. *Marge d'appréciation et contrôle de proportionnalité*. in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, (dir. Frédéric Sudre), Coll. Droit et Justice, Bruylant, 1998, p.63-89.

**LARRIBAU-TERNEYRE**, Virginie. *La responsabilité de l'expert judiciaire : A l'ombre du droit commun de la responsabilité civile*. PA du 2 décembre 1998, n° 144.

**LASSALLE**, Jean-Yves. *Incompatibilité du dernier alinéa de l'article 546 CPP avec l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme*. JCP 1998, II, 10056, p.654.

**LAZERGES**, Christine. *Typologie des procédures de médiation pénale*. in *Mélanges Colomer*, Éd. Litec, 1993, p.217.

**LAZERGES**, Christine. *Médiation pénale, justice pénale et politique criminelle*. Rev. sc. crim. 1997, n°1, p.186.

**LAZERGES**, Christine. *Projet de loi renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes*. Rev. sc. crim. 1999, p.166.

**LAZERGES**, Christine. *Le renforcement de la protection de la présomption d'innocence et des droits des victimes : histoire d'une navette parlementaire*. Rev. sc. crim. 2001, p.7.

**LAZERGES**, Christine. *De la judiciarisation à la juridictionnalisation de l'exécution des peines par la loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et des droits des victimes*. Mélanges offert à Pierre Couvrat, Éd. PUF, 2001, p.489.

**LAZERGES**, Christine. *Fallait-il modifier l'ordonnance n°45-174 du 2 février 1945 ?* Rev. sc. crim. 2003, p.172.

**LAZERGES**, Christine. *La dérive de la procédure pénale.* Chronique de politique criminelle, Rev. sc. crim. 2003, p.644.

**LAZERGES**, Christine. *Le Conseil constitutionnel acteur de la politique criminelle. À propos de la décision 2004-492 DC du 02 mars 2004.* Rev. sc. crim. 2004, p.725.

**LEAUTE**, Jacques. *Les principes généraux relatifs aux droits de la défense.* Rev. sc. crim. 1953, p.47.

**LEBEN**, Charles. *De quelques doctrines de l'ordre juridique.* Droits, Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique, n°33, 2001, p.19.

**LEBLOIS- HAPPE**, Jocelyne. *La médiation pénale comme mode de réponse à la petite délinquance : état des lieux et perspectives.* Rev. sc. crim. 1994, p.525.

**LEBLOIS- HAPPE**, Jocelyne. *De la transaction pénale à la composition pénale, loi n° 99-515 du 23 juin 1999.* JCP 2000, I, 198, p.63.

**LEBORGNE**, Anne. *L'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d'un grand principe.* Revue trimestrielle de droit civil 1996, p.535.

**LE CALVEZ**, Jacques. *Les dangers du « X » en procédure pénale : opinion contre le témoin anonyme.* D. 2002, n°40, chron. p.3024.

**LECLERC**, Henri. *Le parlement et la prison.* In Homme et Liberté n°111, A quoi sert la prison ? Septembre 2000.

**LECLERC**, Henri. *La loi du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence et les droits de victimes.* Gaz. Pal., du 29 et 30 septembre 2000, p.2.

**LE CLERE**, Marcel. *Illustration et défense de la contravention.* Rev. sc. crim. 1970, p.591.

**LEFORT**, Dominique. *Les droits de la défense.* in la vie des affaires et la responsabilité pénale. Gaz. Pal., du 26 et 27 mars 1999, p.29-32.

**LE GALL**, Jean-Pierre. *A quel moment le contradictoire ? Une application de la Convention européenne des droits de l'homme.* Gaz. Pal. du 4 juillet 1996, p.691.

**LEGEAIS**, Raymond. *L'utilisation de témoignages sous forme anonyme ou déguisée dans la procédure des juridictions répressives.* RIDC, 1998, Vol 2, p.711.

**LE GUNEHEC**, Francis. *La loi du 24 août 1993. Un rééquilibrage de la procédure pénale.* JCP 1993, I, 3720.

**LE GUNEHEC**, Francis. *Loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes.* JCP 2000, I, 26, p.1223.

**LENOIR**, Rémi. *Champ judiciaire et réforme de l'instruction*. Rev. sc. crim. 1989, p.183.

**LEMAIRE**, Philippe. *Quatre point de vue : un avocat à la Cour d'Appel de Paris*. PA du 8 avril 1996, n°43.

**LEMONDE**, Marcel. *Le juge des libertés et de la détention : une réelle avancée ?* Rev. sc. crim. 2001, p.51.

**LE PAGE-SEZNEC**, Brigitte. *Fondement des amendes forfaitaires pour infraction au Code de la route*. Rev. sc. crim. 1996, p.839.

**LEROY**, Jean. *La garde à vue*. Art. 53 à 73 CPP. J. Cl., Procédure pénale, 2003.

**LEVASSEUR**, Georges. *Vers une procédure d'instruction contradictoire*. Rev. sc. crim. 1959, p.297.

**LEVY**, René. *Du flagrant délit à la comparution immédiate : la procédure d'urgence d'après les statistiques judiciaires (1977-1984)*. Coll. Études et données pénales, CESDIP, 1985.

**LOMBARD**, Françoise., **HAROUNE**, Abdelkader. *Garde à vue : les fictions de la loi du 15 juin 2000*. D. 2002, Jurisp. p.438.

**LOMBARDINI**, Carlo., **CAMBI**, Alessandra. *Le droit du détenu de communiquer librement avec son conseil*. RTDH, 1993, p.297.

**LOPEZ**, Christian. *Le principe du contradictoire face aux juridictions prud'hommales : un silence assourdissant*. PA du 1<sup>er</sup> avril 1998, n°39.

**LORENTZ**, Jean., **VOLFF**, Jean. *L'ordonnance pénale : une procédure simple, rapide et peu coûteuse*. JCP 1968, I, n°2192.

**LORENTZ**, Jean., **VOLFF**, Jean. *La procédure simplifiée ou l'adaptation de la procédure d'ordonnance pénale au droit français*. Gaz. Pal. 1972, n°1, chron. p.274.

**MAIL-FOUILLEUL**, Stéphane. *Les droits de la défense et le juge de l'application des peines*. Dr. pénal, Février 2001, p.4.

**MARGUENAUD**, Jean-Pierre. *Le droit à l'expertise équitable*. D. 2000, n° 7, chron. p.111.

**MARGUENAUD**, Jean-Pierre. *La dérive de la procédure pénale française au regard des exigences européennes*. D. 2000, n°16, chron. p.249.

**MARON**, Albert. *Témoign assisté et personne mise en examen : nouveaux coupables ou nouveaux innocents ?* Rev. pénit. Avril 2001, p.20.

**MARTIN**, Raymond. *De la contradiction à la vérité judiciaire*. Gaz. Pal. du 30 avril 1981, p.209.

**MARTIN**, Raymond. *Faut-il supprimer le ministère public ?* RTD civ. 1998, p.873.



**MASSIAS**, Florence. *Doctrine des droits de l'homme : Arrêt Selmouni c/France, 28 juillet 1999*. Rev. sc. crim. 1999, p.891.

**MATSCHER**, Franz. *Les méthodes d'interprétation de la convention européenne*. in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, (dir. Frédéric Sudre), Coll. Droit et Justice, Bruylant, 1998, p.15.

**MATSOPOULOU**, Haritini. *Renforcement du caractère contradictoire, célérité de la procédure pénale et justice des mineurs*. Droit pénal mai 2007, chron. p.5.

**MAYER**, Danièle. *Preuve du non-respect du principe du contradictoire lors de l'interrogatoire de première comparution*. D. 1991, Jurisp. p.91.

**MAYER**, Danièle. *Prévention et répression en matière de contrôle d'identité : une distinction trompeuse*. D. 1993, chron. p.273.

**MAYER**, Danièle. *L'information du public par la presse sur les affaires en cours d'instruction*. D. 1995, chron. p.80.

**MAYER**, Danièle. *Les conversations entre magistrats sont-elles susceptibles de mettre en péril le principe du contradictoire ?* D. 2003, Jursp. p.22.

**MAZEN** Noël-Jean. *Tests et empreintes génétiques : du flou juridique au pouvoir scientifique*. in dossier bioéthique. PA du 14 décembre 1994, n°149.

**MELENNEC**, Louis., **SICARD**, Jean. *Le caractère contradictoire de l'expertise médicale en matière civile*. Gaz. Pal. du 21 juin 1975, p.376.

**MERLE**, Roger. *La garde à vue*. Gaz. Pal. 1969, Doctr. n° 18.

**MERLE**, Roger. *Le rôle de la défense en procédure pénale comparée*. Rev. sc. crim. 1970, p.1.

**MIEN**, Dominique., **BARRE**, Jean-François. *Reste-t-il des droits de la défense en phase d'enquête ?* AJ pénal 2004, p.235.

**MIMIN**, Pierre. *Recherche de la vérité. Considération sur le projet de Code de procédure pénale*. D. 1956, chron. p.142.

**MOCCIA**, Sergio. *Vérité substantielle et vérité du procès*. Déviance et Société, 2000, Vol. 24, n°1, p.109-117.

**MOLINS**, François. *Plaidoyer pour le "plaider coupable" : des vertus d'une peine négociée*. AJ pénal 2003, p.61.

**MOLINS**, François. *De la nécessité de lutter plus activement contre les nouvelles formes de criminalités*. in dossier : Criminalité organisée : une justice adaptée ? AJ pénal 2004, p.177.

**MOLINS**, François. *La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*. Rép. pr. pén. Dalloz, 2004.

- MONNET**, Yves. *Opinion publique et procédure pénale*. Gaz. Pal. du 3 juillet 2002, p.3.
- MORET-BAILLY**, Joël. *Ambitions et ambiguïtés des pluralismes juridiques*. Droits, Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique, n°35, 2002, p.195.
- MOTTET**, Annick. *Les délais en matière d'arrestation et de détention préventive en Belgique au regard de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme*. Rev. sc. crim. 1989, p.27.
- MOTULSKY**, Henri. *Le respect des droits de la défense en procédure civile*. in Mélanges Paul Roubier, 1961, p.175.
- MOUTOUH**, Hugues. *La loi et l'ordre*. D. 2000, chron. p.163.
- MOUTOUH**, Hugues. *La santé d'une personne privée de liberté est un facteur à prendre en compte dans les modalités de l'exécution de sa peine d'emprisonnement*. D. 2003, Jurisp. p.303.
- MULLER**, Lawrence. *Du coût de la copie des dossiers répressifs en Belgique*. RTDH 1994, p.635.
- NATALI**, Franck. *Les avocats et le projet de loi « Perben »*. D. 2002, chron. p.2343.
- NEUMANN**, Cédric. **MARGOT**, Pierre. *De l'identité de sources d'échantillon d'encre en criminalistique*. RICP avril-juin 2003, p.237 et 341.
- NICOLOPOULOS**, Panayotis. *La procédure devant les juridictions répressives et le principe du contradictoire*. Rev. sc. crim. 1989, p.1.
- NITOIU**, A. *Le droit à l'assistance effective d'un avocat de la défense en Roumanie*. RIDP 1992, Vol 63, p.811.
- OLIE**, Jean-Pierre., **DE CARVALHO**, William., **SPADONE**, Christian. *Expertise mentale dans le déroulement du processus pénal : le point de vue du psychiatre-expert*. in L'expertise. (dir.) **FRISON-ROCHE** Marie-Anne Dalloz, p.19
- OLIVIER**, M., **DREYFUS**, P. *De la conduite des opérations de l'expertise judiciaire médicale en matière civile*. Gaz. Pal. du 30 Mars 1995, p.395.
- ORLOWSKA**, Marie., **BONNET**, Éric. *Premier Bilan de l'activité des pôles économiques et financiers*. PA du 26 juillet 2001, p.4.
- PAPADOPOULOS**, Ioannis. *Composition pénale et plea bargaining*. IHEJ du 13 février 2003.
- PAVIA**, Marie-Luce. *Éléments de réflexions sur la notion de droit fondamental*. PA 1994, n° 54, p.6.

**PECH**, Thierry. *La peine et la prison*. in *Délinquance juvénile, droit des mineurs et violences collectives*. Revue Esprit, octobre 2000, n°10.

**PECHILLON**, Éric., **HERZOG-EVANS**, Martine. *Droit pénitentiaire : la réécriture de la loi par voie de circulaire* (1<sup>ère</sup> partie). PA du 20 mars 2001, n°56, p.8.

**PECHILLON**, Éric., **HERZOG-EVANS**, Martine. *Droit pénitentiaire : la réécriture de la loi par voie de circulaire* (2nd partie). PA du 20 mars 2001, n°57, p.8.

**PETTITI**, Louis-Edmond. *L'évolution de la défense et du droit de la défense à partir de la Déclaration universelle des droits de l'homme*. RTDH 2000, p.5.

**PEYRAT**, Dominique. *La politique de la ville*. Gaz. Pal. du 26-28 mars 2000, Doct. pp.8-11.

**POISOT**, Jean-Luc. *L'enquête préliminaire*. J.-Cl. procédure pénale, 2002.

**PONCELA**, Pierrette. *Les experts sont formels*. Revue Pouvoirs, n° 55, 1990, p.95.

**PONCELA**, Pierrette *L'harmonisation des normes pénitentiaires européennes*. Rev. sc. crim. 2007, p.126.

**PORTELLI**, Serge. *L'interrogatoire en question*. D. 2002, chron. p.1764.

**PORTERON**, Cédric. *Nullités des écoutes téléphoniques*. AJ pénal 2005, p.145.

**PORTERON**, Cédric. *Nullités de la mise en examen*. AJ pénal 2005, p.147.

**POUGET**, Philippe. *Les délais en matière de rétention, garde à vue et détention provisoire au regard de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme*. Rev. sc. crim. 1989, p.78.

**PRADEL**, Jean. *La responsabilité pénale de l'expert judiciaire*. Rev. sc. crim. 1986, p.247.

**PRADEL**, Jean. *La montée des droits du délinquant au cours de son procès*. Mélanges Larcier, 1993, p.223.

**PRADEL**, Jean. *D'une loi avortée à un projet nouveau sur l'injonction pénale*. D. 1995, chron. p.171.

**PRADEL**, Jean. *Jurisprudence de l'arrêt d'Assemblée Plénière du 30/06/1995, à propos de la communication du dossier pénal*. D. 1995, Jurisp. p.417.

**PRADEL**, Jean. *Centenaire de la loi du 8 décembre 1997 sur la défense avant jugement pénal : essai d'un bilan*. D. 1997, chron. p.375.

**PRADEL**, Jean. *De l'enquête pénale proactive : suggestions pour un statut légal*. D. 1998, chron. p.57.

**PRADEL**, Jean. *L'enregistrement par magnétophone d'une conversation entre un suspect et un policier agissant sur commission rogatoire*. D. 1998, Jurisp. p.354.

**PRADEL**, Jean. *La durée raisonnable de la détention provisoire d'un accusé*. D. 1999, Jurisp. p.97.

**PRADEL**, Jean. *Une consécration du « plea bargaining » à la française, la composition pénale instituée par la loi n° 99-515 du 23 juin 1999*. D. 1999, chron. p.379.

**PRADEL**, Jean. *Viol : un examen médico-psychologique de la prétendue victime est-il un examen technique ou scientifique au sens de l'art. 77-1 du code de procédure pénale ?* D. 1999, Somm. Com., p.327.

**PRADEL**, Jean. *Le ministère public, brèves remarques sur son évolution depuis 1959*. Rev. pénit. avril 2000, n°1, p.25.

**PRADEL**, Jean. *La procédure pénale à l'aube du troisième millénaire*. D. 2000, chron. p.1.

**PRADEL**, Jean. *Encore une tornade sur notre procédure pénale avec la loi du 15 juin 2000*. D. 2000, chron. p.5.

**PRADEL**, Jean. *A propos de la loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes : Prolégomènes*. Rev. pénit. Avril 2001, p.9.

**PRADEL**, Jean. *La durée des procédures*. Rev. pénit. Avril 2001, p.148.

**PRADEL**, Jean. *Les personnes suspectes ou poursuivies après la loi du 15 juin 2000. Évolution ou révolution ?* D. 2001, chron. p.1039.

**PRADEL**, Jean. *Le prévenu cité à personne, absent et non excusé, a droit néanmoins à l'assistance d'un avocat*. D. 2001, Jurisp. p.1899.

**PRADEL**, Jean. *L'appel contre les arrêts d'assises : un apport heureux de la loi du 15 juin 2000*. D. 2001, chron. p.1964.

**PRADEL**, Jean. *La loi du 4 mars 2002 : un placebo pour guérir certains maux de la réforme du 15 juin 2000 sur la présomption d'innocence*. D. 2002, chron. p.1693.

**PROUVEZ**, Jean-Bernard. *L'avocat au prétoire : une réforme incidente et toujours inachevée du régime disciplinaire des détenus*. Procédures, Mars 2001, p.3.

**PRZEMYSKI-ZAJAC**, Patricia. *Traitement en temps réel de la délinquance des mineurs ?* PA du 13 octobre 1999, p.12.

**PUECHAVY**, Michel. *La remise de copies du dossier pénal par l'avocat à son client poursuivi*. RTDH 1996, p.114.

**RAISON REBUFAT**, Laurence. *Le principe de loyauté en droit de la preuve*. Gaz. Pal. du 26 juillet 2002, chron., p.3.

**RAVANAS**, Jacques. *Liberté d'expression et protection des droits de la personnalité*. D. 2000, p.459.

**REBSCHER**, Erich. *La police allemande développe l'utilisation des nouvelles technologies*. Les cahiers de la sécurité intérieure, n°21, 1995, p.35.

**REDON**, Michel. *Article 77-1 CPP : un salutaire rappel des principes*. D. 2001, jurisp. p.1128.

**REGNAULT**, Jean-Daniel. *Composition pénale : l'exemple du Tribunal de Cambrai*. AJ pénal 2003, p.55.

**RENAUT**, Marie-Hélène. *Qui est garant de l'égalité des citoyens devant la justice ? libres propos sur deux décisions du Conseil constitutionnel*. Gaz. Pal. du 10 juin 1998, Doct. p.2.

**RENAUT**, Marie-Hélène. *Innovation pour les droits de la défense ou retour partiel au Code Napoléon ?* Dr. pénal novembre 1999, p.4.

**RENOUX**, Thierry. *Le conseil constitutionnel et l'instruction pénale : juges ou magistrats ?* Revue générale de droit processuel, p.75.

**RENUCCI**, Jean-François. *Les témoins anonymes et la convention européenne des droits de l'homme*. Rev. pénit. 1998, p.3.

**RENUCCI**, Jean-François. *L'expertise pénale et la Convention européenne des droits de l'homme*. JCP 2000, I, 227, p.850.

**RENUCCI**, Jean-François. *Le Procureur de la République est-il un magistrat au sens de l'article 5 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme ?* in Libertés, justice, tolérance : Mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen-Jonathan. Éd. Bruylant, 2004.

**ROETS**, Damien. *Voyage au bout de la nuit judiciaire : audiences pénales nocturnes et droit à un procès équitable*. D. 2005, p.472.

**ROGGEN**, Françoise. *L'application de l'article 421 du Code d'instruction criminelle (belge) face à l'arrêt Poitrimol*. RTDH 1995, p.615.

**ROQUES**, Aurélie., **BOURRIER**, Christophe. *Le rôle de l'expert psychiatre dans la décision du juge pénal*. Rev. pénit. 2004, n°3, p.609.

**ROSENCZVEIG**, Jean-Pierre. *La loi d'orientation et de programmation sur la justice*. D. 2002, chron. p.2339.

**ROUSSE**, JP. *Le respect du principe du contradictoire dans le déroulement des opérations d'expertise*. Gaz. Pal. du 14 décembre 1978, Doct. p.627.

**RUDLOFF**, Séverine. *Droits et libertés de l'avocat dans la convention européenne des droits de l'homme*. Mémoire DEA droit international. Éd. Bruylant, 1995.

**RUELLAN**, François. *Les modes alternatifs de résolution des conflits : pour une justice plurielle dans le respect du droit*. JCP, I, 1999, p.899.

**SACE**, Jean. *L'audition contradictoire des témoins*. RTDH 1992, p.51.

**SAINT-PIERRE**, François. *Les droits de la défense dans la loi Perben II*. in *Le nouveau procès pénal après la loi Perben II*. (dir. Jean Danet), Éd. Dalloz 2004, p.429.

**SAINT-PIERRE**, François. *Le véritable enjeu des contrôles juridictionnels de la légalité des procédures pénales : la « sûreté » des justiciables*. AJ pénal 2005, p.177.

**SAINT-PIERRE**, François. *L'avocat de la défense et les grands procès*. AJ pénal 2006, p.108.

**SAINT-PIERRE**, François. *L'avocat face au dossier de la procédure*. AJ pénal 2007, p.304.

**SALAS**, Denis. *Vingt ans après, le grand silence*. Revue Esprit, 1995, n°10, p.104.

**SAMET**, Catherine. *La présomption d'innocence*. Rev. pénit. Avril 2001, p.13.

**SAURON**, Jean-Luc. *Les vertus de l'inquisitoire ou l'État au service des droits*. Revue Pouvoirs, n° 55, 1990, p.53.

**SCHNAPPER**, Bernard. *De la charité à la solidarité : l'assistance judiciaire française (1851-1972)*. Revue Histoire du droit, 1984, t.52, p.105.

**SCHOULER**, Clément. *Enquête préliminaire... Faux examens techniques, vrais actes coercitifs*. Justice, n°169, novembre 2001, p.16.

**SCREVENS**, Raymond. *Protection des droits de l'homme au cours de l'enquête de police*. Revue de droit pénal et de criminologie, 1994, p.3.

**SENDRA**, Vicente. *Rapport général sur la procédure pénal espagnol*. in *Les mouvements de réforme de la procédure pénale et la protection des droits de l'homme*. RIDP 1993, Vol 64, p.889.

**SERMET**, Laurent. *L'arrêt Kress c. France : avancée, statut quo ou régression des droits fondamentaux du justiciable ?* RTDH 2002, p.237.

**SERRATRICE-COUTTENIER**, Brigitte. *Le temps dans la garde à vue : aspects récents*. Rev. sc. crim. 1998, p.465.

**SILVESTRE**, Caroline. *Le principe du contradictoire en procédure pénale*. Revue de la recherche juridique. Droit prospectif 1993, p.913.

**SIRE MARIN**, Evelyne. *La loi « Sécurité Quotidienne »*. D. 2002, chron. p.220.

**SOLOVY**, Jerold S., **MULROY**, Thomas R., **SKARSKY**, Charles B et al. *Le rôle du ministère public américain*. Revue international de droit pénal, 1992, vol 63, p.623.

**SOULEZ-LARIVIERE**, Daniel. *Les nécessités de l'accusatoire*. Revue Pouvoirs, n° 55, 1990, p.65.

**SPENCER**, John., **DELEUZE**, Barbara., **VORMS**, David. *La preuve : une question inclassable*. APC, n°15, 1993, p.37.

**SUDRE**, Frédéric. *Existe-t-il un ordre public européen ?* Rev. sc. crim. 1997, p.39.

**SUDRE**, Frédéric. *La participation du commissaire du gouvernement au délibéré du Conseil d'État viole l'article 6 § 1 de la CEDH*. JCP 2001, II, 10578, p.1571.

**SUN**, Ping., **ZHAO**, Haifeng. *Le rôle de l'avocat dans la politique criminelle chinoise*. Rev. sc. crim. 1999, p.793.

**SUSINI**, Jean. *Les moments critiques de l'enquête de police : les ressources refoulées de l'enquête préliminaire*. Rev. sc. crim. 1977, p.161.

**SUSINI**, Jean. *Aspect moderne de l'aveu : une authentique problématique policiologique*. Rev. sc. crim. 1984, p.817.

**TAORMINA**, Gilles. *Réflexions sur la détention provisoire des majeurs*. Rev. pénit. Avril 2001, p.64.

**TAQUET**, François. *Brève approche sur les nouvelles dispositions relatives à la garde à vue*. Gaz. Pal. du 8 septembre 2000, p.8.

**TAQUET**, François. *Les règles en matière de garde à vue issues de la loi du 4 mars 2002 ou l'art de réformer une réforme*. Gaz. Pal. du 28 juillet 2002, Doct. p.3.

**THOLAKIAN**, Gérard. *La garde à vue anti-terroriste : A la recherche d'un juge ou une course d'orientation qui n'aurait pas déplu à Philipides !* in Les Cahiers du Conseil national des Barreaux, la garde à vue dans tous ses états. 2005, p.31.

**TEIGEN**, Francis. *La défense*. PA du 26 juin 1998, numéro 76.

**TEISSIER**, Anne. *Garde à vue et droits de la défense*. Rev. pénit. Avril 2001, p.30.

**TIEDEMANN**, Klaus. *Rapport général*. in *Les mouvements de réforme de la procédure pénale et la protection des droits de l'homme*. RIDP 1993, Vol 64, p.813.

**TRICAUD**, François. *Le procès de la procédure criminelle à l'age des lumières*, in Archives de philosophie du droit, t. 39, le procès, Sirey 1995, p.145.

**TRUCHE**, Pierre. *La commission nationale de déontologie de la sécurité*. D. 2002, chron. p.1077.

**TULKENS**, Françoise. *La procédure pénale : grandes lignes de comparaison entre systèmes nationaux*. in DELMAS-MARTY, Mireille. *Raisonnement la raison d'état. Vers une Europe des droits de l'homme*. Coll. Les voies du droit, Éd. PUF, 1989.

**TULKENS**, Françoise., **DONNAY**, Luc. *L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature ?* Rev. sc. crim. 2006, p.3.

**VAIHE**, Judith. *L'application de la Convention européenne des droits de l'homme et de sa jurisprudence par les juridictions judiciaires françaises.* RTDH 1999, p.235.

**VALOTEAU**, Aude. *Le jugement sur reconnaissance préalable de culpabilité : une autre procédure de jugement ou une autre manière de juger.* Dr. Pénal. 2006, p.8.

**VANDERMEERSCH**, Damien. *Droit continental vs Droit anglo-américain : quel enseignement pour le droit Belge de la procédure pénale ?* RD pén. crim. n°6, juin 2001, p.467.

**VAN DER NOOT**, Didier., **MICHEL**, Bernard. *Justice accélérée ou justice expéditive : un regard critique sur l'application de l'article 216 quater du code d'instruction criminelle à Bruxelles.* RD pén. crim. 1999, p.139.

**VARAUT**, Jean-Marc. *La liberté de la défense.* in Mission de réflexions et de propositions en vue de l'élaboration d'un code des professions judiciaires et juridiques. La Documentation Française, 1998, p.39.

**VARAUT**, Jean-Marc. *Ce que plaider veut dire.* Gaz. Pal. du 8 mars 2000, p.419.

**VERGES**, Etienne. *La Cour européenne des droits de l'homme et la discipline pénitentiaire.* Dr. pénal, juin 2004, p.6.

**VICENTINI**, Jean-Philippe., **CLEMENT**, G., **DONNETTE**, C. *En matière de garde à vue, à l'impossible chaque avocat risque d'être tenu.* Gaz. Pal. du 21 et 22 avril 1999, p.5.

**VOLFF**, Jean. *Un coup pour rien ! L'injonction pénale et le conseil constitutionnel.* D. 1995, chron. p.201.

**VOLFF**, Jean. *La composition pénale : un essai manqué.* Gaz. Pal. du 26 au 28 mars 2000, p.559.

**VOLFF**, Jean. *L'ordonnance pénale en matière correctionnelle.* D. 2003, chron. p.2777.

**VOLK**, Klaus. *Quelques vérités sur la vérité, la réalité et la justice.* Déviance et Société, 2000, Vol. 24, n°1, p.103-108.

**VOLO**, Patricia. *Le silencieux droit au silence.* PA du 19 juillet 1993, n°86, p.17.

**VOUIN**, Robert. *Le Code de procédure pénale.* JCP 1959, I, 1477.

**VOUIN**, Robert. *Le projet de réforme du Code d'instruction.* D. 1950, chron. p.38.

**VUILLEMIN-GONZALES**, Carole. *La protection de la liberté pendant la phase préparatoire.* Rev. pénit. Avril 2001, p.101.



## Bibliographie

**WIEDERKEHR**, Georges. *Droits de la défense et procédure civile*. D. 1978, chron. n°8, p.36.

**YOUF**, Dominique. *Repenser le droit pénal des mineurs*. in *Délinquance juvénile, droit des mineurs et violences collectives*. Revue Esprit, octobre 2000, n°10.

## V – Rapports, Études et Colloque

Annuaire statistique de la justice. La Documentation française, Éd. 2006.

Criminalité et délinquance constatées en France en 2006. La Documentation française, Éd. 2007, t. 1 et 2.

Dictionnaire de la justice. (dir.) **CADIET**, Loïc. Éd. PUF, 2004.

Dictionnaire de la culture juridique. (dir.) **ALLAND**, Denis., **RIALS**, Stéphane. Éd. PUF, 2003.

Dictionnaire des droits fondamentaux. (dir.) **CHAGNOLLAUD**, Dominique., **DRAGO**, Guillaume. Éd. Dalloz, 2006.

Rapport de la Commission nationale consultative des droits de l'homme du 11 mars 2004. *Étude sur les droits de l'homme dans la prison.*

Rapport du Conseil de l'Europe. *Nouvelles stratégies sociales et système de justice pénale.* 14<sup>e</sup> Conférence de recherche criminologique, 1990, Vol. XXIX, 1994.

**41<sup>e</sup> Congrès de l'Association nationale des avocats de France.** *Le Barreau face aux problèmes actuels de la justice pénale.* Dalloz, 1969.

**Équipe de recherche de droit comparé des droits de l'homme.** *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme.* Colloque du 22 Mars 1996 en la grande chambre de la Cour de cassation. Université Robert SCHUMAN de Strasbourg, Éd. Bruylant Bruxelles, 1996.

Acte du colloque de l'Université d'Evry-Val d'Essonne et du CREDHO, le 24 octobre 2003, intitulé : *Actualité de la jurisprudence pénale internationale : à l'heure de la mise en place de la Cour pénale internationale.* **TAVERNIER**, Paul. (dir.), Éd. Bruylant, 2004.

Les état généraux de la justice pénale « procédure pénale : dysfonctionnement et remèdes » Actes du Colloque du 06 avril 2006 organisé par le CNB

**Document du Conseil de l'Europe.** *Les droits de l'homme et la police.* Actes du séminaire de Strasbourg du 6/8 décembre 1995.

**Maison du Barreau de Paris.** *Le droit de la presse de l'an 2000.* Forum du 30 septembre 1999, Coll. Légipresse, 2000.

**BONAFE-SCHMITT**, Jean-Pierre. *Les médiations : logiques et pratiques sociales.* Recherche réalisée avec le soutien du GIP Mission de recherche droit et justice, 2001.

**BROUQUET-CANALE**, Muriel., **DANET**, Jean., **MOLLA**, Alain. *Débat : la défense pénale à l'épreuve des changements de la justice.* in Justices, n° hors série du Recueil Dalloz, 06 décembre 2001, p.34.

**BUREAU**, Aurore. *Les premières applications de la composition pénale dans le ressort de la Cour d'Appel de Poitiers*. Rapport dans le cadre Mission de recherche « Droit et Justice », EPRED, 2003.

**CASORLA**, Francis. *L'approche du magistrat*. in Un écroulement des dogmes en procédure pénale ? Colloque international d'Aix-en-Provence, les 9 et 10 juin 1997. RIDP Vol 68, n°1 et 2, p.83.

**CHAUVENET**, Antoine., **MONCEAU**, Madeleine., **ORLIC**, Françoise. et al. *La violence carcérale en question*. CNRS-EHESS, GIP, Rapport dans le cadre Mission de recherche « Droit et Justice », juin 2005.

**CHEVALIER**, Pierre., **DESDEVISES**, Yvon., **MILBURN**, Philip. (dir.). *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice*. Rapport dans le cadre Mission de recherche « Droit et Justice », La Documentation française, 2003.

**DANET**, Jean. *La loi Perben II : Une nouvelle distribution des pouvoirs*. Journée d'étude Dalloz du 09 mars 2004.

**DELMAS-MARTY**, Mireille. *Rapport sur la mise en état des affaires pénales*. Commission justice pénale et droit de l'homme, La Documentation française, 1991.

**DI MARINO**, Gaëtan. *L'implantation et les remises en cause des dogmes accusatoire et inquisitoire*. in Un écroulement des dogmes en procédure pénale ? Colloque international d'Aix-en-Provence, les 9 et 10 juin 1997. RIDP Vol 68, n°1 et 2, p.17.

**DORVAUX**, Geneviève., **LEVEEL**, Carole., **BENMAAD**, Samah. *La médiation pénale, bilan d'application et perspectives d'évolution*. in Les modes alternatifs de résolution des conflits : approche générale et spéciale. (dir.) **RACINE**, Jean-Baptiste., CREDOC, CERC, GIP, Rapport dans le cadre Mission de recherche « Droit et Justice », 2001 p.191.

**FAGET**, Jacques. *Accès au droit et médiation*. Rapport de recherche du GIP "Mission de recherche droit et justice", n°12, 2000.

**GHENASSIA**, Jean-Pierre. *L'approche du policier*. in Un écroulement des dogmes en procédure pénale ? Colloque international d'Aix en Provence, les 9 et 10 juin 1997. RIDP Vol 68, n°1 et 2, p.103.

**GOMEZ COLOMER**, Juan-Luis., **GONZALVEZ**, François. *La procédure pénale face au principe accusatoire en Espagne et dans les pays latino-américains*. in Un écroulement des dogmes en procédure pénale ? Colloque international d'Aix en Provence, les 9 et 10 juin 1997. RIDP Vol 68, n°1 et 2, p.61.

**GRUNVALD**, Sylvie., **DANET**, Jean. *Une première évaluation de la composition pénale*. Rapport du GIP dans le cadre Mission de recherche « Droit et Justice », janvier 2004.

**HADIDI**, Farida. *Les enjeux de la médiation pénale pour l'avocat*. in *La médiation pénale. Entre répression et réparation*. (dir.) **CARIO**, Robert., Coll. logiques juridiques, L'Harmattan, 1997, p.129

**LABORDE**, Jean-Paul. *Les apports des institutions et instruments internationaux aux système de justice pénale nationaux.* in Un écroulement des dogmes en procédure pénale ? Colloque international d'Aix en Provence, les 9 et 10 juin 1997. RIDP Vol 68, n°1 et 2, p.139.

**LUCIANI**, Dominique. *Les alternatives aux poursuites pénales.* in *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice.* (dir.) **CHEVALIER**, Pierre., **DESDEVISES**, Yvon., **MILBURN**, Philip. Rapport dans le cadre Mission de recherche « Droit et Justice », La Documentation française, 2003, p.118.

**MAGENDIE**, Jean-Claude. *Célérité et qualité de la justice. La gestion du temps dans le procès.* Commission sur la célérité de la justice, La Documentation française, 2004.

**MONTANARI**, Bruno. *La faute et l'accusation : Réflexions sur la vérité dans le procès.* in Un écroulement des dogmes en procédure pénale ? Colloque international d'Aix en Provence, les 9 et 10 juin 1997. RIDP Vol 68, n°1 et 2, p.43.

**MOUCHARD**, Michel. *L'instruction préparatoire en France et la jurisprudence de la Cour de Strasbourg relative au procès équitable.* in Quelle Europe pour les Droits de l'homme ? La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une union plus étroite (35 années de jurisprudence 1959-1994). (dir.) **TAVERNIER**, Paul., **IMBERT**, Pierre-Henri, 1996, Éd. Bruylant, p.269.

**OST**, François. *Originalité des méthode d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme.* in Raisonner la raison d'état. Vers une Europe des droits de l'homme. Coll. Les voies du droit, Éd. PUF, 1989, p.405.

**PECHILLON**, Éric., **HERZOG-EVANS**, Martine. *Le droit de l'exécution des peines, problème et enjeux d'une discipline juridique en formation.* Rapport dans le cadre Mission de recherche « Droit et Justice », Avril 2003.

**PRADEL**, Jean. *Rapport de synthèse : Inquisitoire-accusatoire, une redoutable complexité.* in Un écroulement des dogmes en procédure pénale ? Colloque international d'Aix en Provence, les 9 et 10 juin 1997. RIDP Vol 68, n°1 et 2, p.213.

**PRADEL**, Jean. *Procédure pénale comparée dans les systèmes modernes : Rapport de synthèse des colloques de l'ISISC.* Nouvelles études pénales, Érès, n° 15, 1998.

**RIVIER**, Marie-Claire. *Les MARC, un objet nouveau dans le discours des juristes français.* in *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice.* (dir.) **CHEVALIER**, Pierre. **DESDEVISES**, Yvon. **MILBURN**, Philip. Rapport dans le cadre Mission de recherche « Droit et Justice », La Documentation française, 2003, p.27.

**SCHWENDENER**, Marc. *Une police aux pouvoirs d'enquête renforcés.* in Le nouveau procès pénal après la loi Perben II, Journée d'étude Dalloz, 2004, p.285.

**SOULEZ-LARIVIERE**, Daniel. *La communauté des juristes, son intérêt pour la défense et la justice.* in Justices, n° hors série du Recueil Dalloz, 06 décembre 2001, p.112.

**TRUCHE**, Pierre. *Rapport de la commission de réflexion sur la justice.* La Documentation française, 1997.

**TULKENS**, Françoise. *Doctrine annuelle des droits de l'homme*. in justice pénale et droits de l'homme, colloque de Syracuse du 24/11 au 01/12 1991, RIDP 1992, Vol 63, p.1415.

**WYVEKENS**, Anne. *Analyse de l'activité des MJD du TGI de Lyon*. ERPC, Ministère de la Justice, 1995.

**WYVEKENS**, Anne. *Les maisons de justice : sous la médiation, quelle troisième voie ?* in *La médiation pénale. Entre répression et réparation*. (Dir.) **CARIO**, Robert., Coll. logiques juridiques, L'Harmattan, 1997, p.75.

## **VI – Travaux parlementaires**

Rapport de l'Assemblée nationale n°2932 par M. Pezet du 02 octobre 1992 sur le projet de loi portant réforme de la procédure pénale.

Rapport du Sénat n°602 par J. Larché, du 13 juillet 1994, sur le respect de la présomption d'innocence et le secret de l'enquête et de l'instruction.

Rapport du Sénat n°49 par C. Jolibois et P. Fauchon, du 30 octobre 1996, sur les moyens de la justice.

Rapport du Sénat n°486 par P. Fauchon, (1997-98) sur alternatives aux poursuites, renfort à l'efficacité de la procédure pénale et délégation aux greffiers.

Rapport du Sénat n°513 par H. Haenel, annexe au procès-verbal de la séance du 18 juin 1998 sur les infractions sans suite ou la délinquance maltraitée.

Rapport du Sénat n°419 par C. Jolibois, annexe au procès-verbal de la séance du 10 juin 1999 sur le projet de loi renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes.

Rapport de l'Assemblée nationale n°1468 par C. Lazerges du 11 mars 1999 sur le projet de loi renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes.

Rapport de l'Assemblée nationale n°1613 par C. Ledoux du 19 mai 1999 sur le projet de loi relatif aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations.

Rapport du Sénat n°283 par C. Jolibois, annexe au procès-verbal de la séance du 22 mars 2000.

Rapport de l'Assemblée nationale n°2521 par J. Floch du 28 juin 2000 sur la situation dans les prisons françaises.

Rapport du Sénat n°449 par J-J. Hyst et G-P. Cabanel du 29 juin 2000, sur les conditions de détention dans les établissements pénitentiaire en France.

Rapport de l'Assemblée nationale n°3539 par J. Dray du 16 janvier 2002, sur l'évaluation de l'application et des conséquences sur le déroulement des procédures diligentées par les services de police et de gendarmerie des dispositions de la loi du 15 juin 2000.

Rapport du Sénat n°92 par G. Othily, annexe au procès-verbal de la séance du 22 novembre 2001 le projet de loi de finance de 2002.

Rapport du Sénat n°345 par C. Cointat, annexe au procès-verbal de la séance du 03 juillet 2002 sur quels métiers pour quelle justice ?

Rapport de l'Assemblée nationale n°157 par J-L. Warsmann du 30 juillet 2002, sur la loi d'orientation et de programmation sur la justice.

Rapport de l'Assemblée nationale n°856 par J-L. Warsmann du 14 mai 2003, sur le projet de loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

Rapport du Sénat n°441 par F. Zocchetto, annexe au procès-verbal de la séance du 23 juillet 2003 sur le projet de loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

Rapport de l'Assemblée nationale n°1718 par G. Léonard du 07 juillet 2004, sur le traitement de la récidive des infractions pénales.

Rapport du Sénat n°137 par le service des études juridique de juillet 2004, sur une étude de législation comparée sur l'aide juridique.

Rapport de l'Assemblée nationale n°2378 par J-L. Warsmann du 15 juin 2005, sur la mise en application de la loi du 09 mars 2004.

Rapport du Sénat n°99 par R. du Luart, du 24 novembre 2005 sur le projet de loi de finance pour 2006.

Rapport du Sénat n°216 par R. du Luart, du 22 février 2006 sur l'enquête de la Cour des comptes sur les frais de justices

Rapport de l'Assemblée nationale n°3125 par P. Houillon du 06 juin 2006 au nom de la Commission d'enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite d'Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement.

Avis du Sénat n°104 par Y. Détraigne et S. Sutour, du 24 novembre 2005 sur le projet de loi de finance pour 2006.

Rapport du Sénat n°78 par R. du Luart, du 23 novembre 2006 sur le projet de loi de finance pour 2007.

## VII – Jurisprudence

### 1) Cour européenne des droits de l'homme

- CEDH du 27 juin 1968 Aff. *Neumeister c/Autriche*, Série A, n°8
- CEDH du 10 novembre 1969, Aff. *Matznetter c/Autriche*, Série A, n°10
- CEDH du 17 janvier 1970, Aff. *Delcourt c/France*, Série A, n°11
- CEDH du 08 juin 1976, Aff. *Engel et autres c/Pays-Bas*, Série A, n°22
- CEDH du 7 décembre 1976, Aff. *Handyside c/Royaume-Uni*, Série A, n°24
- CEDH du 28 novembre 1978, Aff. *Luedicke, Belkacem et Koç c/Allemagne*, Série A, n°29
- CEDH du 26 avril 1979, Aff. *Sunday Times c/Royaume-Uni*, Série A, n°30
- CEDH du 26 avril 1979, Aff. *Groppera radio AG et autres c/Suisses*, req. n°10890/84
- CEDH du 09 octobre 1979, Aff. *Airey c/Irlande*, Série A, n°32
- CEDH du 27 février 1980, Aff. *Deweert c/Belgique*, Série A, n°35
- CEDH du 13 mai 1980, Aff. *Artico c/Italie*, Série A, n°37
- CEDH du 25 avril 1983, Aff. *Pakelli c/*, Série A, n°64, § 31
- CEDH du 21 février 1984, Aff. *Oztürk c/RFA*, Série A, n°73
- CEDH du 28 juin 1984, Aff. *Campbell et Fell c/Royaume-Uni*, Série A, n°80
- CEDH du 12 février 1985. Aff. *Colozza c/Italie*, Série A, n°89
- CEDH du 6 mai 1985 Aff. *Bönisch c/Autriche*, Série A, n°92
- CEDH du 29 mai 1986, Aff. *Feldbrugge c/Pays-Bas*, Série A, n°99
- CEDH du 12 juillet 1988, Aff. *Schenk c/Suisses*, Série A, n°140
- CEDH du 6 décembre 1988, Aff. *Barberà, Messegué et Jabardo c/Espagne*, Série A, n°146
- CEDH du 30 mars 1989, Aff. *Lamy c/Belgique*, Série A, n°151
- CEDH du 24 octobre 1989, Aff. *H. c/France*, Série A, n°162A
- CEDH du 20 novembre 1989, Aff. *Kostovski c/Pays-Bas*, Série A, n°166
- CEDH du 19 décembre 1989, Aff. *Kamasinski c/Autriche*, Série A, n°168
- CEDH du 24 avril 1990, Aff. *Kruslin c/France*, Série A, n°274A
- CEDH du 22 mai 1990, Aff. *Weber c/Suisse*, Série A, n°177
- CEDH du 19 décembre 1990, Aff. *Delta c/France*, Série A, n°191A
- CEDH du 28 août 1991, Aff. *Brandstetter c/Autriche*, Série A, n°211
- CEDH du 30 octobre 1991, Aff. *Borgers c/Belgique*, Série A, n°214-B
- CEDH du 26 novembre 1991, Aff. *Observer et Guardian c/Royaume-Uni*, Série A, n°216
- CEDH du 27 novembre 1991, Aff. *Kemmache c/France*, Série A, n°218
- CEDH du 25 février 1992, Aff. *Dobbertin c/France*, Série A, n°256-D
- CEDH du 26 avril 1992, Aff. *Vallée c/France*, Série A, n°289A
- CEDH du 15 juin 1992, Aff. *Lüdi c/Suisse*, Série A, n°238
- CEDH du 23 juin 1992, Aff. *Ruiz-Mateos c/Espagne*, Série A, n°262
- CEDH du 27 août 1992, Aff. *Tomasi c/France*, Série A, n°241A
- CEDH du 28 août 1992, Aff. *Artner c/Autriche*, Série A, n°242-A
- CEDH du 25 septembre 1992, Aff. *Pham Hoang c/France*, Série A, n°243
- CEDH du 25 février 1993, Aff. *Funke c/France*, Série A, n°256A
- CEDH du 22 juin 1993, Aff. *Melin c/France*, Série A, n°261
- CEDH du 26 juin 1993, Aff. *Ruiz Matéos c/Espagne*, Série A, n°262
- CEDH du 20 septembre 1993, Aff. *Saidi c/France*, Série A, n°261C
- CEDH du 21 septembre 1993, Aff. *Kremzov c/Autriche*, Série A, n°268B
- CEDH du 27 octobre 1993, Aff. *Dombo beheer c/Pays-Bas*, Série A, n°274
- CEDH du 24 novembre 1993, Aff. *Imbrioscia c/Suisse*, Série A, n°275
- CEDH du 23 novembre 1993, Aff. *Poitrimol c/France*, Série A, n°277A

- CEDH du 24 février 1994, Aff. *Bendenoun* c/France, Série A, n°284
- CEDH du 19 avril 1994, Aff. *Van de Hurk* c/Pays-Bas, Série A, n°288
- CEDH du 22 septembre 1994, Aff. *Lala* c/Pays-Bas, Série A, n°297A
- CEDH du 22 septembre 1994, Aff. *Pelladoah* c/Pays-Bas, Série A, n°297B
- CEDH du 23 septembre 1994, Aff. *Jersild* c/Danemark, Série A, n°298
- CEDH du 24 février 1995, Aff. *Mc Michaël* c/Royaume-Uni, Série A, n°307-B
- CEDH du 08 février 1996, Aff. *John Murray* c/Royaume-Uni, Série A, n°241
- CEDH du 20 février 1996, Aff. *Lobo Machado* c/Espagne, req. n°15764/89, § 93
- CEDH du 22 février 1996, Aff. *Bulut* c/Autriche, req. n°17358/90
- CEDH du 27 mars 1996, Aff. *Goodwin* c/Royaume-Uni, req. n°17488/90
- CEDH du 26 septembre 1996, Aff. *Miailhe* c/France, req. n°18978/91
- CEDH du 15 novembre 1996, Aff. *Domenichini* c/Italie, req. n°15943/90
- CEDH du 18 février 1997, Aff. *Nideröst-Hubert* c/Suisse, req. n°18990/91
- CEDH du 18 mars 1997, Aff. *Foucher* c/France, req. n°22209/93
- CEDH du 18 mars 1997, Aff. *Mantovanelli* c/France, req. n°21497/93
- CEDH du 23 avril 1997, Aff. *Van Mechelen et autres* c/Pays-Bas, req. n°21363/93
- CEDH du 25 juin 1997, Aff. *Van Orshoven* c/Belgique, req. n°20122/92
- CEDH du 24 novembre 1997, Aff. *Werner* c/Autriche, req. n°21835/93
- CEDH du 25 mars 1998, Aff. *Belziuk* c/Pologne, req. n°23103/93
- CEDH du 27 mars 1998, Aff. *J.J* c/Pays-Bas, req. n°21351/93
- CEDH du 31 mars 1998, Aff. *Reinhardt et Slimane-Kaid* c/France, req. n°23043/93
- CEDH du 09 juin 1998, Aff. *Twalib* c/Grèce, req. n°24294/94
- CEDH du 09 juin 1998, Aff. *Teixeira de castrot* c/Portugal, req. n°25829/94
- CEDH du 24 août 1998, Aff. *Lambert* c/France, req. n°23618/94
- CEDH du 21 janvier 1999, Aff. *Van Geyselghem* c/Belgique, req. n°26103/95
- CEDH du 21 janvier 1999, Aff. *Fressoz et Roire* c/France, req. n°29183/95
- CEDH du 20 mai 1999, Aff. *Bladet, tromsø et Stensass* c/Norvège, req. n°21980/93
- CEDH du 28 juillet 1999, Aff. *Selmouni* c/France, req. n°25803/94
- CEDH du 14 décembre 1999, Aff. *A.M.* c/Italie, req. n°37019/97
- CEDH du 08 février 2000, Aff. *Voisine* c/France, req. n°27362/95
- CEDH du 27 avril 2000, Aff. *Kuopila* c/Finlande, req. n°27752/95
- CEDH du 23 mai 2000, Aff. *Van Pelt* c/France, req. n°31070/96
- CEDH du 06 juin 2000, Aff. *Averill* c/Royaume-Uni, req. n°36408/97
- CEDH du 06 juin 2000, Aff. *Magee* c/Royaume-Uni, req. n°28135/95
- CEDH du 29 septembre 2000, Aff. *Biba* c/Grèce, req. n°33170/96
- CEDH du 03 octobre 2000, Aff. *Roy et Malaurie* c/France, req. n°34000/96
- CEDH du 13 février 2001, Aff. *Krombach* c. France, req. n°29731/96
- CEDH du 27 février 2001, Aff. *Luca* c/Italie, req. n°33354/96
- CEDH du 07 juin 2001, Aff. *Kress* c/France, req. n°39594/98
- CEDH du 16 mai 2002, Aff. *Karatas et Sari* c/France, req. n°38396/97
- CEDH du 20 décembre 2001, Aff. *P.S.* c/Allemagne, req. n°33900/96
- CEDH du 08 octobre 2002, Aff. *Beckles* c/Royaume-Uni, req. n°44652/98
- CEDH du 12 mars 2003, Aff. *Öcalan* c/Turquie, req. n°46221/99
- CEDH du 06 mai 2003, Aff. *Perna* c/Italie, req. n°48898/99
- CEDH du 03 juin 2003, Aff. *Pantea* c/Roumanie, req. n°33343/96
- CEDH du 24 juin 2003, Aff. *Dowsett* c/Royaume-Uni, req. n°39482/98
- CEDH du 22 juillet 2003, Aff. *Edwards et Levis* c/Royaume Uni, req. n°39647/98
- CEDH du 13 novembre 2003, Aff. *Rachdad* c/France, req. n°71846/01
- CEDH du 1<sup>er</sup> avril 2004, Aff. *Rivas* c/France, req. n°59584/00
- CEDH du 01 avril 2004, Aff. *Quesne* c/France, req. n°65110/01



- CEDH du 20 avril 2004, Aff. *Mamaçet autres c/Turquie*, req. n°29486/95
- CEDH du 27 mai 2004, Aff. *Yurttas c/Turquie*, req. n°25143/94
- CEDH du 19 octobre 2004, Aff. *Makhfi c/France*, req. n°59335/00
- CEDH du 10 novembre 2004, Aff. *RL and M-JD c/France*, req. n°44568/98
- CEDH du 28 janvier 2005, Aff. *Y.B. et autres c/Turquie*, req. n°48173/99
- CEDH du 1<sup>er</sup> février 2005, Aff. *Frangy c/France*, req. n°42270/98
- CEDH du 29 mars 2005, Aff. *Matheron c/France*, req. n°57752/00
- CEDH du 12 mai 2005, Aff. *Ocalan c/Turquie*, req. n°46221/99
- CEDH du 31 mai 2005, Aff. *Vetter c/France*, req. n°59842/00
- CEDH du 31 mai 2005, Aff. *Vetter c/France*, req. n°59842/00
- CEDH du 14 juin 2005, Aff. *Mayali c/France*, req. n°69116/01
- CEDH du 28 septembre 2005, Aff. *Virgil Ionescu c/Roumanie*, req. n°53037/99
- CEDH du 13 octobre 2005, Aff. *Bracci c/Italie*, req. n°38822/02
- CEDH du 15 décembre 2005, Aff. *Kyprianou c/Chypre*, req. n°73797/01
- CEDH du 15 décembre 2005, Aff. *Steel et Morris c/Royaume-Uni*, req. n°68416/01
- CEDH du 12 avril 2006, Aff. *Martinie c/France*, req. n°58675/00
- CEDH du 13 avril 2006, Aff. *Zentar c/France*, req. n°17902/02
- CEDH du 25 avril 2006, Aff. *Stoll c/Suisses*, req. n°69698/01
- CEDH du 27 avril 2006, Aff. *Horomidis c/Grèce*, req. n°9874/04
- CEDH du 11 juillet 2006, Aff. *Jalloh c/Allemagne*, req. n°54810/00
- CEDH du 03 octobre 2006, Aff. *Ben Naceur c/France*, req. n°63879/00
- CEDH du 12 juin 2007 Aff. *Melox et Mox c/France*, req. n°75218/01
- CEDH du 24 juillet 2007, Aff. *Baumet c/France*, req. n°56802/00
- CEDH du 24 juillet 2007, Aff. *Baucher c/France*, req. n°53640/00

## 2) Conseil constitutionnel

- Cons. const. 02 décembre 1976, n°76-70 DC
- Cons. const. 19-20 janvier 1981, n°80-127 DC
- Cons. const. 30 décembre 1982, n°82-155 DC
- Cons. const. 10-11 octobre 1984, n°84-181 DC
- Cons. const. 18 septembre 1986, n°86-217 DC
- Cons. const. 28 juillet 1989, n°89-260 DC
- Cons. const. 29 décembre 1989, n°89-268 DC
- Cons. const. 11 août 1993, n°93-326 DC
- Cons. const. 29 juillet 1994, n°94-345 DC
- Cons. const. 02 février 1995, n°95-360 DC
- Cons. const. 16 juillet 1996, n°96-377 DC
- Cons. const. 27 juillet 2000, n°2000-433 DC
- Cons. const. 29 août 2002, n° 2002-461 DC
- Cons. const. 02 mars 2004, n°2004 – 492 DC

## 3) Cour de cassation, assemblée plénière

- Cass. ass. plén. 02 mars 2001, Bull. crim. n°56

#### 4) Cour de cassation, chambre criminelle

- Cass. crim. 12 février 1835
- Cass. crim. 08 octobre 1840, Bull. crim. n°300
- Cass. crim. 09 novembre 1843, Bull. crim. n° 278
- Cass. crim. 16 novembre 1849
- Cass. crim. 09 août 1862
- Cass. crim. 29 juin 1865, Bull. crim. n°139
- Cass. crim. 13 janvier 1876, Bull. crim. n°15
- Cass. crim. 08 avril 1892
- Cass. crim. 04 février 1898
- Cass. crim. 11 août 1899, Bull. crim. n° 255
- Cass. crim. 17 octobre 1901
- Cass. crim. 07 août 1902
- Cass. crim. 11 août 1904
- Cass. crim. 18 mars 1905, Bull. crim. n°181
- Cass. crim. 24 décembre 1909
- Cass. crim. 28 janvier 1911, Bull. crim. n°64
- Cass. crim. 04 janvier 1913
- Cass. crim. 20 février 1913
- Cass. crim. 12 mai 1923
- Cass. crim. 30 avril 1925
- Cass. crim. 10 mars 1927
- Cass. crim. 30 décembre 1927
- Cass. crim. 15 juin 1950, Bull. crim. n°189
- Cass. crim. 06 novembre 1952
- Cass. crim. 22 janvier 1953, Bull. crim. n°24
- Cass. crim. 17 mars 1960, Bull. crim. n° 156
- Cass. crim. 27 décembre 1960, Bull. crim. n° 252
- Cass. crim. 17 juin 1964, Bull. crim. n°204
- Cass. crim. 10 octobre 1968, Bull. crim. n° 252
- Cass. crim. 10 novembre 1977
- Cass. crim. 14 décembre 1977, Bull. crim. n°397
- Cass. crim. 09 février 1978, Bull. crim. n°52
- Cass. crim. 25 mai 1978
- Cass. crim. 07 mars 1979, Bull. crim. n°98
- Cass. crim. 30 mai 1980
- Cass. crim. 23 mars 1983
- Cass. crim. 27 septembre 1984, Bull. crim. n°275
- Cass. crim. 04 mai 1987
- Cass. crim. 24 juin 1987, Bull. crim. n° 186
- Cass. crim. 14 mars 1988, Bull. crim. n°258
- Cass. crim. 15 mars 1988, Bull. crim. n°128
- Cass. crim. 18 avril 1988, Bull. crim. n°161

- Cass. crim. 26 août 1988
- Cass. crim. 24 janvier 1989
- Cass. crim. 22 mars 1989, Bull. crim. n°144
- Cass. crim. 04 janvier 1990
- Cass. crim. 19 février 1990
- Cass. crim. 11 juillet 1990, Bull. crim. n°282
- Cass. crim. 19 septembre 1990
- Cass. crim. 18 octobre 1990
- Cass. crim. 30 octobre 1990, Bull. crim. n°362
- Cass. crim. 15 novembre 1990, Bull. crim. n°385
- Cass. crim. 26 février 1991, Bull. crim. n°98
- Cass. crim. 09 avril 1991, Bull. crim. n°169
- Cass. crim. 19 avril 1991
- Cass. crim. 25 juin 1991
- Cass. crim. 18 décembre 1991
- Cass. crim. 25 mai 1992
- Cass. crim. 10 novembre 1992
- Cass. crim. 25 janvier 1993, Bull. crim. n°38
- Cass. crim. 06 avril 1993
- Cass. crim. 15 juin 1993, Bull. crim. n°210
- Cass. crim. 07 décembre 1993, Bull. crim. n°372
- Cass. crim. 24 janvier 1994, Bull. crim. n°33
- Cass. crim. 26 janvier 1994
- Cass. crim. 01 mars 1994
- Cass. crim. 09 mars 1994, Bull. crim. n°92
- Cass. crim. 26 avril 1994, Bull. crim. n°149
- Cass. crim. 09 mai 1994, Bull. crim. n°174
- Cass. crim. 07 juin 1994
- Cass. crim. 04 octobre 1994, Bull. crim. n°313
- Cass. crim. 06 décembre 1994, Bull. crim. n°394
- Cass. crim. 09 janvier 1995, Bull. crim. n°7
- Cass. crim. 16 janvier 1995, Bull. crim. n°20
- Cass. crim. 20 mars 1995
- Cass. crim. 03 avril 1995, Bull. crim. n°140
- Cass. crim. 21 juin 1995, Bull. crim. n°230
- Cass. crim. 04 janvier 1996, Bull. crim. n°5
- Cass. crim. 16 janvier 1996, Bull. crim. n°23
- Cass. crim. 16 janvier 1996, Bull. crim. n°24
- Cass. crim. 13 février 1996, Bull. crim. n°73
- Cass. crim. 27 février 1996, Bull. crim. n°93
- Cass. crim. 10 avril 1996
- Cass. crim. 30 avril 1996, Bull. crim. n°182
- Cass. crim. 30 mai 1996, Bull. crim. n°226
- Cass. crim. 12 juin 1996, Bull. crim. n°248
- Cass. crim. 13 juin 1996
- Cass. crim. 16 juin 1996, Bull. crim. n°343
- Cass. crim. 17 septembre 1996, Bull. crim. n°316
- Cass. crim. 02 octobre 1996, Bull. crim. n°343
- Cass. crim. 15 octobre 1996, Bull. crim. n°362
- Cass. crim. 30 octobre 1996, Bull. crim. n°387

- Cass. crim. 19 mars 1997
- Cass. crim. 27 mars 1997
- Cass. crim. 06 mai 1997, Bull. crim. n°176
- Cass. crim. 21 mai 1997, Bull. crim. n°191
- Cass. crim. 06 mai 1998, Bull. crim. n°153
- Cass. crim. 4 juin 1998, Bull. crim. n°184
- Cass. crim. 02 juillet 1998
- Cass. crim. 13 octobre 1998, Bull. crim. n°253
- Cass. crim. 19 novembre 1998, Bull. crim. n°309
- Cass. crim. 19 janvier 1999
- Cass. crim. 26 mai 1999, Bull. crim. n°105
- Cass. crim. 26 mai 1999, Bull. crim. n°106
- Cass. crim. 23 juin 1999, Bull. crim. n°149
- Cass. crim. 22 septembre 1999, Bull. crim. n°196
- Cass. crim. 09 novembre 1999, Bull. crim. n°251
- Cass. crim. 14 décembre 1999, Bull. crim. n°304
- Cass. crim. 26 janvier 2000
- Cass. crim. 29 février 2000
- Cass. crim. 10 mai 2000, Bull. crim. n°182
- Cass. crim. 17 mai 2000
- Cass. crim. 31 mai 2000
- Cass. crim. 15 juin 2000, Bull. crim. n°228
- Cass. crim. 22 juin 2000, Bull. crim. n°242
- Cass. crim. 27 juin 2000, Bull. crim. n°243
- Cass. crim. 28 juin 2000
- Cass. crim. 12 septembre 2000
- Cass. crim. 11 octobre 2000, Bull. crim. n°296
- Cass. crim. 22 novembre 2000
- Cass. crim. 06 décembre 2000, Bull. crim. n°367
- Cass. crim. 12 décembre 2000, Bull. crim. n°369
- Cass. crim. 09 mai 2001, Bull. crim. n°767
- Cass. crim. 10 mai 2001, Bull. crim. n°119
- Cass. crim. 10 mai 2001, Bull. crim. n°118
- Cass. crim. 13 juin 2001
- Cass. crim. 31 octobre 2001
- Cass. crim. 14 novembre 2001, Bull. crim. n°238
- Cass. crim. 27 novembre 2001, Bull. crim. n°245
- Cass. crim. 05 décembre 2001
- Cass. crim. 15 janvier 2002
- Cass. crim. 19 mars 2002, Bull. crim. n°63
- Cass. crim. 02 mai 2002
- Cass. crim. 06 mai 2002
- Cass. crim. 10 juillet 2002, Bull. crim. n°152
- Cass. crim. 11 juillet 2002, Bull. crim. n°130
- Cass. crim. 23 octobre 2002
- Cass. crim. 06 novembre 2002, Bull. crim. n°201
- Cass. crim. 10 décembre 2002, Bull. crim. n°221
- Cass. crim. 15 janvier 2003, Bull. crim. n°10
- Cass. crim. 21 janvier 2003
- Cass. crim. 26 février 2003, Bull. crim. n°56

- Cass. crim. 06 mai 2003, Bull. crim. n°93
- Cass. crim. 03 juin 2003
- Cass. crim. 09 juillet 2003
- Cass. crim. 16 septembre 2003, Bull. crim. n°160
- Cass. crim. 01 octobre 2003
- Cass. crim. 29 octobre 2003, Bull. crim. n°205
- Cass. crim. 10 décembre 2003, Bull. crim. n°243
- Cass. crim. 06 janvier 2004
- Cass. crim. 04 mars 2004, Bull. crim. n°57
- Cass. crim. 17 mars 2004, Bull. crim. n°69
- Cass. crim. 23 mars 2004
- Cass. crim. 11 mai 2004
- Cass. crim. 01 septembre 2004
- Cass. crim. 13 octobre 2004, Bull. crim. n°243
- Cass. crim. 04 novembre 2004
- Cass. crim. 09 novembre 2004, Bull. crim. n°276
- Cass. crim. 04 janvier 2005, Bull. crim. n°3
- Cass. crim. 02 février 2005
- Cass. crim. 12 avril 2005
- Cass. crim. 23 août 2005
- Cass. crim. 21 mars 2007
- 

#### 5) Cour de cassation, chambres civiles

- Cass. civ. 2<sup>e</sup> 04 juillet 2002, Bull. civ. II n°154
- Cass. civ. 2<sup>e</sup> 22 mai 2003, Bull. civ. II n°152
- Cass. civ. 2<sup>nd</sup> 23 janvier 2003, Bull. civ. II n°13
- Cass. civ. 24 avril 2003, Bull. civ. II n°108
- Cass. civ. 2<sup>e</sup> 19 février 2004, Bull. civ. II n°70
- Cass. civ. 2<sup>e</sup> 05 février 2004, Bull. civ. II n°44

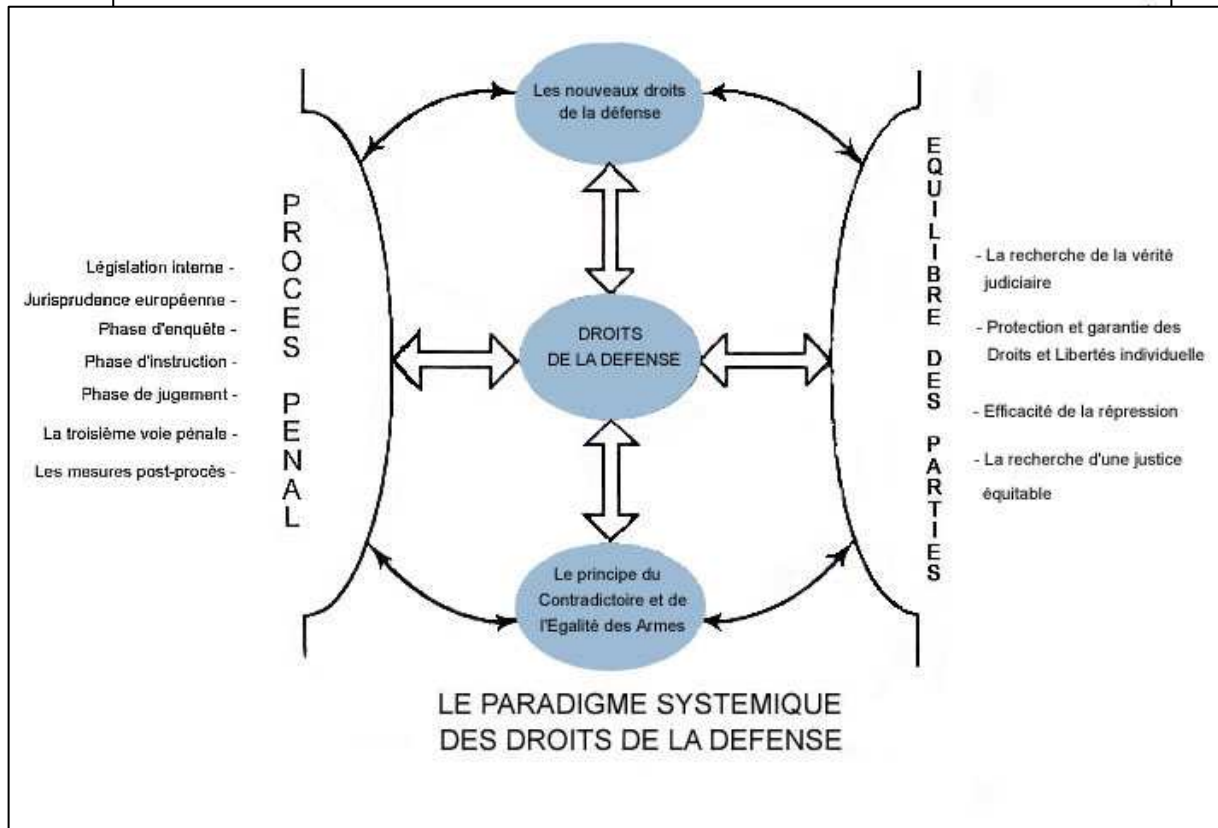
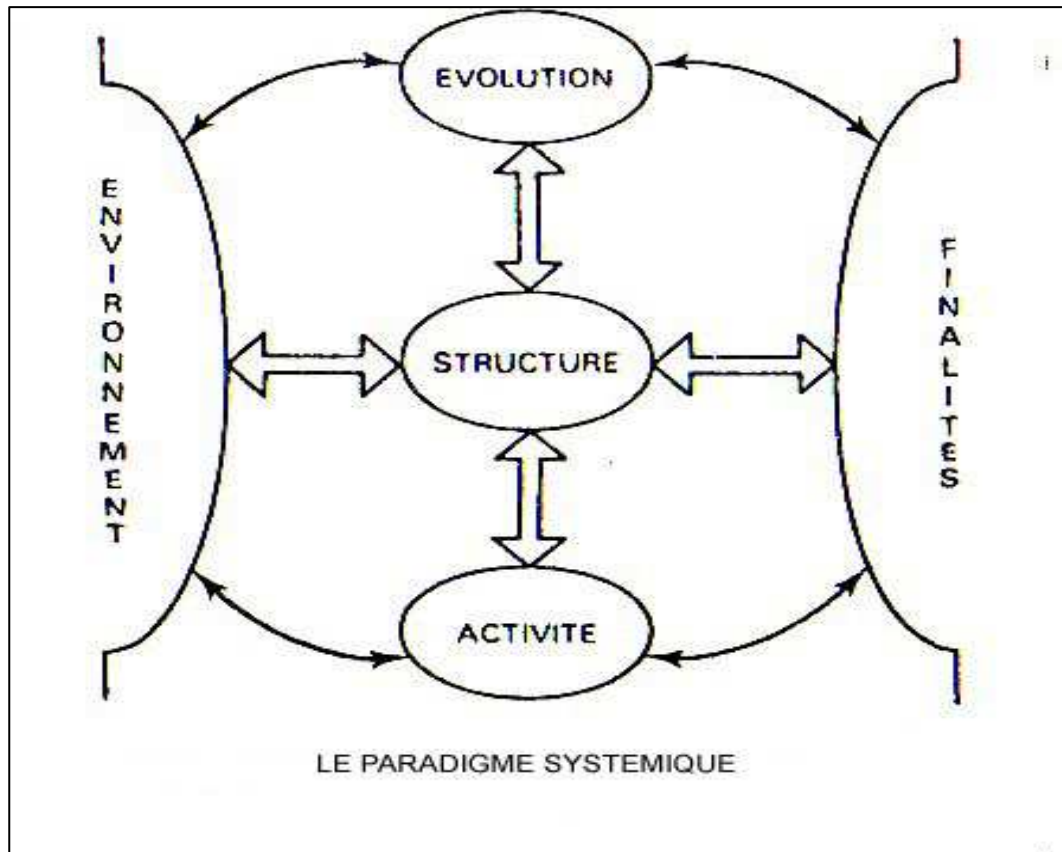
## VIII – Principaux sites Internet

<a href="http://www.assemblee-nationale.fr">www.assemblee-nationale.fr</a>	Site de l'Assemblée Nationale
<a href="http://www.cesdip.com">www.cesdip.com</a>	Site du Centre de recherches sociologiques sur le droit et les institutions pénales
<a href="http://www.cnb.avocat.fr">www.cnb.avocat.fr</a>	Site du Conseil national des barreaux
<a href="http://www.champpenal.revues.org">www.champpenal.revues.org</a>	Site de la revue Champ pénal
<a href="http://www.cnil.fr">www.cnil.fr</a>	Site de la Commission nationale de l'informatique et des libertés
<a href="http://www.ec.europa.eu">www.ec.europa.eu</a>	Site de la Commission européenne
<a href="http://www.coe.int/t/commissioner/">www.coe.int/t/commissioner/</a>	Site du Commissaire aux droits de l'homme
<a href="http://www.coe.int">www.coe.int</a>	Site du Conseil de l'Europe
<a href="http://www.commission-droits-homme.fr">www.commission-droits-homme.fr</a>	Site de la Commission nationale consultative des droits de l'homme
<a href="http://www.conseil-economique-et-social.fr">www.conseil-economique-et-social.fr</a>	Site du Conseil économique et social
<a href="http://www.cnds.fr">www.cnds.fr</a>	Site de la Commission nationale de déontologie de la sécurité
<a href="http://www.conseil-constitutionnel.fr">www.conseil-constitutionnel.fr</a>	Site du Conseil constitutionnel
<a href="http://www.courdecassation.fr">www.courdecassation.fr</a>	Site de la Cour de cassation
<a href="http://www.echr.coe.int/echr">www.echr.coe.int/echr</a>	Site de la Cour européenne des droits de l'homme
<a href="http://enm.intranet.justice.fr">http://enm.intranet.justice.fr</a>	Site intranet de l'ENM
<a href="http://eng.intranet.justice.fr">http://eng.intranet.justice.fr</a>	Site intranet de l'ENG
<a href="http://www.europarl.europa.eu">www.europarl.europa.eu</a>	Site du parlement européen
<a href="http://www.erudit.org">www.erudit.org</a>	Site de mise en ligne de revues universitaires
<a href="http://www.fnuja.com">www.fnuja.com</a>	Site de la fédération nationale de l'union des jeunes avocats
<a href="http://www.ihej.org">www.ihej.org</a>	Site de l'institut des hautes études sur la justice
<a href="http://www.inhes.interieur.gouv.fr">www.inhes.interieur.gouv.fr</a>	Site de l'institut national des hautes études de

	sécurité
<a href="http://www.ohchr.org/french/index.htm">www.ohchr.org/french/index.htm</a>	Site du haut-commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme
<a href="http://www.interieur.gouv.fr">www.interieur.gouv.fr</a>	Site du ministère de l'Intérieur
<a href="http://www.justice.gouv.fr">www.justice.gouv.fr</a>	Site du ministère de la Justice
<a href="http://intranet.justice.gouv.fr">http://intranet.justice.gouv.fr</a>	Site intranet du ministère de la justice
<a href="http://www.ladocumentationfrancaise.fr">www.ladocumentationfrancaise.fr</a>	Site de la Documentation française
<a href="http://www.legifrance.gouv.fr">www.legifrance.gouv.fr</a>	Site de légifrance
<a href="http://www.lemonde.fr">www.lemonde.fr</a>	Site du journal Le Monde
<a href="http://www.ldh-france.org">www.ldh-france.org</a>	Site de la ligue des droits de l'homme
<a href="http://www.gip-recherche-justice.fr">www.gip-recherche-justice.fr</a>	Site mission de recherche droit et justice
<a href="http://www.senat.fr">www.senat.fr</a>	Site du Sénat
<a href="http://www.lesaf.org">www.lesaf.org</a>	Site du syndicat des avocats de France
<a href="http://www.syndicat-magistrature.org">www.syndicat-magistrature.org</a>	Site du syndicat de la magistrature
<a href="http://www.usm2000.free.fr">www.usm2000.free.fr</a>	Site de l'union syndicale des magistrats

## **Annexe**





# Index

## A

**Accès au dossier**, 71, 73, 82, 97, 122 et s., 191, 194, 209, 210, 224, 227, 231 et s., 251, 256 et s., 283, 292 et s., 301, 351, 383-421, 427, 434, 440 et s., 450, 452

**Accusatoire**, 13, 28, 52, 181, 194, 227 et s., 264, 387, 426, 448

**Actes d'investigation**, 108, 150, 154-183, 227, 234, 240, 263, 283, 293, 337, 373, 385, 409, 412, 420, 427, 440, 443, 450

**Aide juridictionnelle**, 49, 63, 76, 78, 81, 115, 127, 189 et s., 209, 224, 229 et s., 260 et s., 367 et s., 377 et s., 427, 433,

**Allemagne**, 37, 41, 53, 87, 99, 103, 111, 153, 170, 172, 181, 184 et s., 194, 206 et s., 216, 232, 245, 267, 281, 354, 368, 369, 374, 395, 421, 426

**Alternative sanction**, 79 et s.

**Alternatives réparation**, 71 et s.

**Amende forfaitaire**, 213-225

**Angleterre**, 97, 116, 181, 186, 189, 194, 228 et s., 320, 345, 357, 394 et s.

**Appel**, 4, 28, 44, 55, 81, 85, 94, 105, 110, 117, 119, 120, 128, 129, 134, 135, 136, 137, 138, 143, 148, 158, 180, 184, 185, 188, 193, 219, 225, 231, 233, 236, 239, 249, 251, 253, 254, 276, 277, 278, 281, 303, 315, 334, 352, 376, 377, 403, 412, 415, 425, 440, 449, 451, 471, 486

**Arrestation**, 18, 68, 81, 83, 148-198, 244, 283, 292, 296, 343, 365, 394, 398 et s., 408, 412, 435, 444

**Article préliminaire**, 15, 23, 27, 155, 160, 167, 185, 197, 220, 231, 247, 260, 303, 386

**Audience**, 8, 9, 14, 17, 31, 66, 82, 84, 96, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 117, 125, 127, 131, 132, 133, 134, 135, 137, 139, 141, 142, 148, 152, 201, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 215, 216, 217, 218, 219, 223, 224, 225, 229-245, 252, 255-263-283, 292

et s., 303, 307, 313, 318, 324, 332-342, 346 et s., 353, 367, 369, 378, 386, 388, 393, 404, 410, 414, 423, 428, 437, 440, 444 et s.

**aveu**, 43, 60, 64, 69, 70, 116, 161, 179, 192, 196, 199, 200, 365, 366, 384, 390, 423, 430

## B

**Barreau**, 46 et s., 70, 83, 114 et s., 123, 127, 161, 189, 193, 216, 222 et s., 230, 269, 385, 428

**Belgique**, 24-30, 37, 41, 53, 93, 99, 207, 226, 229, 231, 245, 254, 260 et s., 268, 278, 300, 305, 373, 413

**Bracelet électronique**, 87, 119

**Budget de la justice**, 89, 358, 366-385, 396, 414, 427, 432

## C

**Cassiopée**, 376, 403, 415 et s.

**Célérité**, 39, 43, 47, 50, 59-70, 81 et s., 134, 139, 141 et s., 183, 190 et s., 203-218, 225, 243, 252, 264, 282, 313 et s., 344, 412, 417, 444

**Chaîne pénale**, 36, 203, 255, 293, 376, 403, 413, 415, 416, 417

**Charte des droits fondamentaux**, 14, 22, 25, 45, 354

**Citation directe**, 177, 256

**Classement sans suite**, 38, 39, 41-50, 56, 63, 68, 76, 175, 203, 214, 445 et s.

**Code de déontologie**, 335-338, 357

**Commission de discipline**, 97 et s., 102 et s., 108, 113, 115 et s.

**Commission européenne**, 4, 24, 88, 159, 261, 295, 355, 368, 504

**Commission rogatoire**, 165, 173, 187, 239, 254, 394, 485

**Common law**, 52, 296, 320, 357

**Comparution**, 9, 23, 62, 64, 70, 75, 82, 133 et s., 165-173, 182, 203-231, 241 et s., 252, 256, 277, 282, 297, 302, 307, 316 et s., 322 et s., 438, 447, 468, 471 et s., 482 et s.

**Comparution immédiate**, 206, 210-218, 244

**Composition pénale**, 56, 58 et s. 79 et s. 190, 216, 221, 223, 267, 415, 447, 471 et s.

**Confrontation**, 20 et s., 66, 74, 97, 113, 174 et s., 191, 196, 214, 221, 225, 234-239, 258 et s., 269, 281, 298, 331 et s., 345, 357, 379, 420, 442, 448

**Conseil constitutionnel**, 4, 15, 22, 27, 30, 58, 84, 184, 216, 219, 223, 311, 361, 365, 374 et s., 456, 480, 486, 498, 504

**Contempt of court**, 345, 357

**Contrôle d'identité**, 170 et s. 197, 212, 312, 483

**Contrôle judiciaire**, 44 et s., 51 et s., 56, 209-212, 222, 226, 238 et s., 242 et s., 322, 345, 394

**Convention européenne des droits de l'homme**, 18, 23, 24, 27-29, 61, 88, 101, 102, 109 et s., 125, 129, 137, 148, 156, 163, 165, 168, 172 et s., 185, 189, 197, 211, 220, 225, 229, 235 et s., 246 et s., 254, 256 et s., 260, 268, 272, 276, 281, 283, 295, 311, 316, 345, 354 et s., 358, 362, 367, 392, 401, 425, 429, 446, 457, 469, 471, 474, 478-483, 487-491

**Copie gratuite**, 73 et s., 82, 108, 256, 260, 283

**Cour européenne des droits de l'homme**, 4, 14 et s., 22, 24-30, 64 et s., 101, 111, 114, 148, 165, 174, 182, 188, 220, 229, 232, 236, 256, 260, 266, 268, 276-280, 291, 295-301, 305, 320, 340, 355, 361, 366, 374, 381, 401, 419, 423-425, 446, 452 et s.

**Cour pénale internationale**, 14, 491

**Criminalité organisée**, 147, 253, 360-366, 374 et s., 384, 403, 428, 431, 447

**CRPC**, 70, 74 et s., 144, 190, 203, 213-225, 377, 447

## D

**Débat contradictoire**, 22, 60, 75, 82 et s., 104, 111 et s., 120, 128, 132-143, 211-223, 231, 240 et s., 248, 252, 280 et s., 332 et s., 339 et s., 348, 394, 447

**Déclaration universelle des droits de l'homme**, 13, 16, 172, 354

**Défèrement**, 152, 191, 207 et s. 217, 241 et s.

**Délai de prescription**, 316

**Délai raisonnable**, 13, 299, 440

**Délinquance**, 39, 41, 42, 45, 52, 53, 57, 59, 63, 79, 80, 151, 169, 206, 207, 214, 253, 254, 359-364, 373-379, 384, 399-405, 410, 430-435, 461, 465, 470, 481, 486, 491, 494

**Déontologie**, 174, 197, 200, 334-336, 352, 355, 418, 425, 426

**Détention provisoire**, 104, 148, 154, 173, 182, 209-212, 222, 238-244, 252, 268 et s., 322, 334, 345, 352, 369, 398 et s., 451

**Dossier numérique**, 414

**Douanes**, 42, 157 et s., 164, 254, 362, 397 et s.

**Droit à un avocat**, 66, 68, 73, 78, 109, 127, 142, 168, 192, 195, 283, 297 et s., 311, 427 et s., 439 et s.

**Droit à un médecin**, 440

**Droit au silence**, 67, 167, 190 et s. 470, 479 et s. 490

**Droit d'accès au dossier pendant l'enquête**, 386

**Droit de ne pas s'auto-incriminer**, 225, 434

**Droit de prévenir un membre de sa famille**, 68, 154, 177, 182, 193, 311

**Droit de se taire**, 62, 192, 434

**Droit disciplinaire**, 18, 30, 90-118, 121, 125, 145, 349, 377

**Droit pénitentiaire**, 18, 90-118

## E

**Ecoutes téléphoniques**, 182, 314, 361 et s., 384, 397

**Efficacité de l'enquête**, 149, 155, 161, 176, 177, 196, 350, 365, 385 et s., 389, 417, 420 et s., 434 et s., 442, 452

**Empreintes génétiques**, 158, 161, 248, 372

**Enquête de flagrance**, 149, 155-157, 165, 173, 187, 384, 404

**Enquête préliminaire**, 8, 149, 152-159, 165 et s., 173, 178 et s., 187, 322, 361, 384, 404, 423, 447

**Equité**, 13, 19, 24, 26, 102, 103, 233, 240, 277 et s., 295-299, 313, 319 et s., 323, 331, 337, 340-350, 356 et s., 365, 373 et s., 379, 393 et s., 398, 420 et s., 444

**Espagne**, 26, 37, 53, 87, 94, 99, 103, 117, 153, 154, 170, 181, 184, 186, 189, 194, 207, 216, 226, 232, 279, 291, 299, 354, 364, 369, 421, 426

**Expertise**, 103, 117, 129, 136, 158, 232, 234, 236, 239, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 259, 312, 316, 372, 396, 415, 434, 441  
**Experts**, 129, 234, 236, 245, 246, 248, 249, 250, 251, 333, 334, 339, 351, 352, 373, 413, 415

## G

**Garde à vue**, 54, 62-70, 81, 110, 115, 148, 152, 154, 156, 159, 161, 165, 167-208, 217 et s., 225, 229, 239 et s., 244, 250, 258, 263, 266, 268, 283, 288, 291 et s., 297, 301, 302, 310, 311, 312, 315, 324, 325, 326, 327, 328, 334, 343, 347, 349, 352, 364-378, 383, 388-412, 419-453  
**Garde des Sceaux**, 38, 54, 55, 86, 219, 352, 372, 375, 389, 423  
**Greffe**, 43, 108, 115, 123 et s., 130, 142, 210, 219, 233, 315, 367, 411 et s.  
**Greffier**, 43, 127, 230, 235, 241, 272, 370, 390

## I

**Impartialité**, 9, 25, 75, 78, 113, 117, 136, 145, 242, 249, 250, 319, 320, 337, 350, 355 et s., 403, 446  
**Indépendance**, 9, 25, 89, 113, 117, 135, 249, 250, 300, 320, 336, 343, 403, 446  
**Informatique**, 108, 233, 236, 241, 252, 360, 370-376, 403, 412-417  
**Injonction pénale**, 57 et s., 84  
**Inquisitoire**, 28, 52, 111, 154, 161, 177, 181, 226 et s., 236, 245, 264, 426  
**Insécurité juridique**, 306, 317-323, 328  
**Insuffisance des moyens**, 103, 366-370  
**Interprète**, 14, 110 et s., 128, 135, 168, 183 et s., 240, 311, 314  
**Interrogatoire**, 17, 23, 63, 67, 72, 92, 165, 176-202, 227, 231 et s., 239 et s., 249, 252, 275, 279, 292, 302, 307, 316, 322 et s., 334, 351, 365, 390 et s., 406, 422, 424, 434-438  
**Intervention d'un avocat**, 47, 71, 188, 318

**Italie**, 29, 37, 53, 61, 87, 99, 114, 138, 154, 170, 181, 182-186, 194, 207, 216, 229, 235, 237, 262, 267, 275, 281, 340, 368, 369, 374, 413, 426

## J

**JAP**, 5, 95, 101, 118-144, 267, 270, 334  
**JIRS**, 5, 253, 360, 374 et s.,  
**JLD**, 8, 384, 398, 403, 417, 424, 444  
**Juge d'instruction**, 9, 22, 28, 92, 101, 129, 148, 177 et s., 194, 204, 225-255, 267, 291-297, 310-319, 322, 325, 328, 340-345, 350, 352, 361 et s., 383-390, 398, 403, 405, 407, 413, 415, 420, 438, 441, 444  
**Juge de proximité**, 84 et s., 144, 267  
**Juste équilibre**, 205, 296, 328

## L

**Livre vert**, 110  
**Loi Constans**, 54, 148, 227 et s., 307, 383, 387  
**Lois de finances**, 5, 367-372  
**Loyauté de la preuve**, 167

## M

**Magistrat**, 9, 22, 43, 46, 56, 61, 64, 65, 71, 76, 79, 80, 82, 84, 85, 86, 97, 129-134, 144, 149, 173, 175, 184, 191 - 195, 201, 204, 207-254, 263 et s., 274, 277, 280, 283, 301, 311, 316, 325, 327, 333, 350, 351, 357-372, 384, 389, 390, 398, 399, 403, 411, 416, 438-449  
**Mandat**, 9, 74, 164, 173 et s., 206, 239, 249, 447  
**Marge d'appréciation**, 281, 355, 373, 424  
**Matière pénale**, 11, 12, 14, 20, 23, 25, 29 et s., 38, 40, 43, 44, 50, 52, 57, 65, 75, 85, 88, 133, 159, 172, 208, 229, 246, 250, 283, 286, 291 et s., 307, 309, 319, 344, 368 et s., 401, 415, 428, 446  
**Médias**, 87, 90, 288, 330-357, 378, 380  
**Médiation**, 18, 36, 37, 39, 40, 43-79, 83, 145, 208, 267, 269  
**Mineur**, 43, 64, 71, 76, 116, 141, 171, 198, 201, 207, 215, 349, 378

**Mis en examen**, 16, 161, 227, 230 et s., 237-244, 292 et s., 310, 322, 351 et s., 369, 390 et s., 397, 438  
**Mise en état**, 15, 23, 92, 101, 148, 150, 155 et s., 181, 188, 204, 225-256, 282 et s., 291, 313, 349, 382, 384, 416, 419, 420, 422, 439 et s., 447-451  
**Mise en réseau**, 334, 376, 413-417  
**Motivation**, 24, 92, 105 et s., 136, 139-143, 184, 243, 256, 310, 346

## N

**Notification des droits**, 66, 176, 177, 182-190, 291, 311, 324, 327, 414, 440  
**Nullité**, 11, 16, 28, 69, 81, 82, 110 et s., 116, 168, 171, 181, 185, 189, 208 et s., 221, 227, 235, 239 et s., 276, 306-328, 395, 407, 437-440

## O

**Observatoire international des prisons**, 87, 95, 99  
**ONU**, 26, 54, 197, 364  
**Opportunité des poursuites**, 45, 92, 96, 100, 178, 444, 484  
**Oralité**, 133 et s., 264  
**Ordonnance de renvoi**, 239, 253, 313, 339, 353  
**Ordonnance pénale**, 42, 213-220, 225  
**Orientation de la procédure**, 203, 210, 444-448, 450  
**Outreau**, 8, 9, 200, 246, 250, 252, 324, 336, 343-346, 356 et s., 388 et s., 394 et s., 418-424, 433, 437 et s.

## P

**Pacte international relatif aux droits civils et politiques**, 14, 25, 110  
**Partie civile**, 30, 47, 61, 64, 71, 74, 77, 79, 123, 130, 141, 180, 222, 229, 238-241, 249 et s., 262, 265, 271, 280, 287, 291, 296, 310, 316 et s., 350-353, 363, 367, 369, 376, 388, 472, 478  
**Pays-Bas**, 22, 24-26, 29, 61, 87, 88, 93, 97, 99, 103, 114, 117, 153 et s., 174, 186, 189, 194, 224, 226, 235, 237, 247, 267, 274, 275, 276 et s., 291, 295, 320, 340, 369, 373, 401, 413, 419, 446, 496, 497  
**Pénal d'urgence**, 115, 127, 193, 209 et s., 427-432  
**Permanence d'avocats**, 298

**Perquisition**, 159, 187, 310, 322-326, 361, 384, 405  
**Pôles financiers**, 253 et s.  
**Politique pénale**, 40-49, 52 et s., 60, 64 et s., 69-79, 203, 206, 219, 268, 352 et s., 360, 418, 445, 452, 461  
**Poursuite**, 39, 43, 50, 53, 57, 60, 64, 76, 79, 96, 100, 106, 149, 164, 171-180, 203, 213-219, 222, 244, 253 et s., 276, 310, 358, 430, 446  
**Première comparution**, 241 et s.  
**Présomption d'innocence**, 9, 15 et s., 23, 27, 58, 87, 89, 102, 119, 125 et s., 139, 143, 160, 178, 189, 236, 238, 265, 266, 277, 344-358, 386 et s., 396, 442, 473, 476-481, 486 et s., 494  
**Présomption de culpabilité**, 175, 344  
**Pressions psychologiques**, 190-192, 315, 438  
**Prétoire**, 88, 95, 102, 107-115, 190, 357, 377, 486  
**Preuve**, 15, 22, 29, 43, 49, 58, 63, 81, 98, 103, 108, 114, 117, 121, 125, 130 et s., 139 et s., 150, 153-161, 166, 167, 177 et s., 184, 199, 201, 220, 226, 232-239, 245, 248 et s., 257, 264-267, 276, 280 et s., 293 et s., 303, 308-314, 325 et s., 337, 351, 363, 365, 369, 377, 394-397, 402, 417, 422, 428-432, 442, 448, 459, 462, 465, 470, 473 et s., 477, 486 et s.  
**Principes directeurs**, 11-15, 23, 27, 90, 118, 155, 174, 205, 303, 336 et s., 362, 446, 469  
**Prison**, 18, 86-143, 190, 206, 212, 218, 232, 251, 268, 344, 349, 352, 377, 397, 413  
**Procédures d'exceptions**, 182 et s.  
**Procès-verbal**, 16, 42, 65, 77, 80, 111, 133, 140, 151, 168, 183 et s., 187 et s., 190, 200-209, 214, 219 et s., 225 et s., 241, 251, 314 et s., 322 et s., 351, 396, 398, 404-409, 414, 427, 437, 440, 446, 449

## R

**Rappel à la loi**, 36, 43, 45, 61, 64, 66, 70-77, 82  
**Recours gracieux**, 99 et s.  
**Règles pénitentiaires**, 93, 99, 110  
**Réquisition**, 187, 407  
**Rétention pour audition**, 62, 164 et s.  
**Royaume-Uni**, 14, 22, 27, 29, 41, 52, 88, 105, 153 et s., 170, 188 et s., 192 et s., 261 et s., 336, 354 et s., 368, 374, 395, 413, 424 et s., 446

## S

**Saisie**, 280, 310, 317, 324, 374-376, 414 et s., 443

**Secret de l'enquête**, 347, 356, 386-389, 396, 402, 434

**Secret de l'instruction**, 148, 232 et s., 288, 331, 340, 344, 347, 350-358, 378, 385-389, 400

**Sécurité juridique**, 317, 328 et s., 437

**Statistiques**, 26, 41 et s., 55 et s., 78, 91, 96, 98, 127, 136, 140, 143, 169, 200, 205 et s., 214 et s., 219 et s., 233, 238, 243 et s., 317, 368, 370-376, 384, 399, 410, 416, 426-434, 446 et s.

**STD**, 43, 61, 64, 71, 184, 189, 402 et s., 416, 429, 449

**Stupéfiants**, 9, 69, 104, 117, 147, 158-161, 358-364, 373-379, 397, 402, 405, 425, 430

## T

**Témoin**, 24, 62, 67 et s., 101 et s., 112 et s., 117, 148, 152, 163-169, 173 et s., 191, 226, 231, 234-241, 266 et s., 275, 280 et s., 313-316, 322, 339, 349, 351 et s., 365, 373, 399 et s., 434, 441 et s., 451

**Témoin anonyme**, 113, 267, 365, 399

**Terrorisme**, 9, 69, 147, 160, 253, 359-364, 374-379, 403, 425, 430

**Torture**, 4, 89, 153, 161, 182, 188, 197, 425-431

**Traitement automatisé**, 254 et s.

**Traitements inhumains ou dégradants**, 89, 175, 182, 188, 197, 425 et s.

**Travailleurs sociaux**, 44, 95, 121-130, 144, 333, 373

**Tribunaux pénaux internationaux**, 14

## V

**Victime**, 38, 40, 43, 50, 53, 57, 60, 71, 72, 74, 75, 76, 77, 79, 82, 84, 123, 126, 130, 131, 157, 158, 160, 164, 193, 215, 223, 226, 248, 250, 278, 310, 335, 341, 343, 344, 429, 432, 447

**Violences physiques policières**, 191 et s.

**Visioconférence**, 135, 184

## Table des matières

Remerciements .....	3
Principales abréviations.....	5
Sommaire .....	7
<b>INTRODUCTION</b> .....	<b>9</b>
Section 1 – Les notions .....	11
§ 1 – Les droits de la défense .....	12
A – Une notion de droit processuel .....	12
B – Une valeur fondamentale issue du droit naturel .....	13
C – Une définition problématique .....	17
§ 2 – Le principe du contradictoire .....	20
A – Une notion de droit civil.....	20
B – Une définition établie.....	21
C – Une reconnaissance pénale .....	23
§ 3 – Le principe de l'égalité des armes .....	25
A – Une notion prétorienne .....	25
B – Un principe autonome de droit processuel.....	26
C – Une application difficile en droit interne .....	28
Section 2 – Problématique et hypothèses retenues.....	31
Section 3 – Méthodologie de la recherche .....	33
Section 4 – Division de l'étude .....	34

PREMIERE PARTIE.....	35
LA GARANTIE DES DROITS PAR LES PRINCIPES.....	35
TITRE 1 L'émergence des droits de la défense.....	37
<b>CHAPITRE 1 – Les procédures alternatives aux poursuites.....</b>	<b>38</b>
Section 1 – Anamnèse des droits de la défense.....	39
§ 1 – La naissance des procédures alternatives aux poursuites.....	40
A – Redécouverte du phénomène et expérimentations .....	40
1) Les causes exogènes à l'émergence des procédures alternatives .....	41
2) Les causes endogènes à l'émergence des procédures alternatives .....	42
3) Des expérimentations locales .....	45
B – De sérieuses critiques.....	46
1) Mise en cause du parquet .....	47
2) Mise en cause du Barreau .....	49
3) Remise en cause des droits de la défense .....	50
§2 – Une reconnaissance légale difficile.....	52
A – Une lente légitimation .....	52
1) Une reconnaissance tardive.....	52
2) Une reconnaissance a minima.....	55
B – Une légitimation fragmentée .....	56
1) Un essor continu.....	57
2) De l'échec à la composition pénale.....	58
Section 2 – Appréciation des droits de la défense.....	61
§1 – En amont de l'orientation.....	63
A – Sous l'angle du principe du contradictoire .....	63
1) Une phase policière non contradictoire.....	63
2) Une proposition d'alternative non consentie.....	65
B – Sous l'angle de l'égalité des armes.....	68
1) Une phase policière déséquilibrée.....	68
2) Une alternative imposée.....	70
§2 – Au cours des procédures .....	72
A – Les alternatives réparation.....	72



1) Un principe du contradictoire presque superfétatoire .....	73
2) Une égalité des armes acquise.....	77
B – L’alternative sanction .....	81
1) Un contradictoire respecté en apparence.....	81
2) Une égalité des armes formelle .....	84
<b>CHAPITRE 2 – L’exécution des peines .....</b>	<b>88</b>
Section 1 – Le droit disciplinaire .....	92
§ 1 – Une mise en état sans défense .....	94
A – L’opportunité des poursuites .....	94
1) Un principe du contradictoire inexistant .....	95
2) Une inégalité des armes manifeste .....	100
B – La phase d’instruction.....	103
1) Un principe du contradictoire défaillant.....	103
2) Un principe de l’égalité des armes ignoré.....	105
§ 2 – Une défense apparente à l’audience .....	108
A – La préparation de l’audience .....	108
1) Un principe du contradictoire minimaliste.....	108
2) Un principe de l’égalité des armes sous-exploité.....	110
B – L’audience disciplinaire.....	113
1) Un principe du contradictoire usurpé.....	114
2) Un principe de l’égalité des armes approché .....	116
Section 2 – L’application des peines.....	121
§ 1 – Une instruction partagée.....	123
A – Un principe du contradictoire croissant.....	124
1) Une information en fait et en droit.....	124
2) Vers un accès au dossier .....	126
B – Un principe de l’égalité des armes en devenir .....	128
1) La présence effective de l’avocat.....	129
2) Une inégalité d’investigation compensée.....	131
§ 2 – Vers une audience équilibrée .....	134
A – Les décisions juridictionnelles.....	134
1) Un principe du contradictoire affirmé.....	134
2) Un principe de l’égalité des armes respecté.....	137
B – Les mesures d’administration judiciaire .....	141

1) Un principe du contradictoire ajourné.....	141
2) Un principe de l'égalité des armes partagé .....	144
<b>TITRE 2 Le renforcement des droits de la défense .....</b>	<b>149</b>
<b>CHAPITRE 1 – Le traitement policier .....</b>	<b>151</b>
Section 1 – Des principes ignorés et des droits méconnus.....	152
§ 1 – Les enquêtes de police.....	152
A – Le régime juridique .....	152
1) Les fondements de l'inexistence .....	153
2) Les fondements de l'apparition.....	155
B – Les actes d'investigation objectifs .....	159
1) Une défense pénale isolée .....	159
2) Fondements du déséquilibre.....	162
§ 2 – Les interpellations .....	164
A – Les mises à disposition .....	165
1) L'invitation policière.....	165
2) La rétention pour audition.....	166
B – L'arrestation.....	171
1) Le contrôle et la vérification d'identité.....	171
2) L'arrestation pendant l'enquête.....	174
Section 2 – Des principes circonscrits et des droits limités .....	178
1 § La notification des droits.....	178
A – Le développement des droits .....	179
B – L'affirmation des principes.....	184
1) Un contradictoire instantané .....	184
2) Une égalité des armes momentanée .....	188
2 § L'interrogatoire .....	189
A – Un renforcement en périphérie .....	190
1) Un contradictoire interne à la défense.....	190
2) Une égalité des armes ponctuelle.....	195
B – Une lacune en son centre .....	198
1) Une inégalité des armes intentionnelle.....	198
2) Un principe du contradictoire dénaturé.....	202

<b>CHAPITRE 2 – Le traitement judiciaire</b> .....	206
Section 1 – Des principes conditionnés et des droits déterminés.....	207
§ 1 – Le traitement des procédures en état d’être jugées immédiatement.....	207
A – La célérité du procès.....	208
1) Des droits garantis par le principe du contradictoire.....	208
2) Des droits malmenés par une inégalité des armes.....	212
B – Le contournement du procès.....	215
1) Des droits de la défense menacés ?.....	216
2) Des droits de la défense protégés.....	221
§ 2 – Le traitement des procédures nécessitant une mise en état préalable.....	228
A – Des droits mieux protégés par des principes en plein essor.....	229
1) Une progression verticale des droits et des principes.....	230
2) Un accroissement horizontal des droits et des principes.....	240
B – Des droits contrariés par des atteintes résiduelles aux principes.....	247
1) Une expertise pénale non contradictoire.....	248
2) Une rupture d’égalité des armes dans les relations inter-magistrats.....	255
Section 2 – Des principes appliqués et des droits affirmés.....	259
§ 1 – À la préparation du procès.....	259
A – Un contradictoire indéfectible.....	260
B – Une réelle égalité des armes, en progression.....	263
§ 2 – À l’audience.....	268
A – Un principe du contradictoire absolu.....	268
1) Par un dialogue constructif.....	268
2) Par un monologue démonstratif.....	272
B – Un principe de l’égalité des armes relatif.....	275
1) Un rituel judiciaire partisan.....	275
2) Une égalité des armes croissante.....	279

DEUXIEME PARTIE .....	289
LES PRINCIPES, .....	289
FONDEMENTS DE NOUVEAUX DROITS .....	289
TITRE 1 De la relativité des principes.....	291
à la circonscription des droits .....	291
<b>CHAPITRE 1 – Les limites infra systémiques.....</b>	<b>293</b>
Section 1 – La portée des sous-systèmes .....	294
§ 1 – Nature des concepts.....	294
A – Un contradictoire attractif.....	294
1) Des caractéristiques définies .....	295
2) Des limites atteintes .....	296
3) Une marge de progression limitée.....	297
B – Une égalité des armes particulièrement attrayante .....	298
1) Des caractéristiques larges .....	298
2) Des limites rarement atteintes .....	300
3) Une marge de progression importante .....	302
§ 2 – Nature des relations .....	302
A – Des principes autonomes .....	302
1) Une doctrine partagée .....	302
2) Des principes ni identiques ni inclus.....	305
B – Des principes complémentaires .....	306
1) Portée relative de la distinction.....	307
2) Étendue de la relation.....	308
Section 2 – La portée des sanctions .....	310
§ 1 – Un régime des nullités artificiel .....	310
A – Une typologie aléatoire.....	310
1) Une classification multiple.....	311
2) Une dénaturation conceptuelle.....	313
B – Une mise en œuvre limitée .....	316
1) Une égalité des armes détournée.....	316

2) Une inégalité des armes maintenue.....	319
§ 2 – Un régime aux effets arbitraires .....	322
A – Une insécurité juridique omniprésente .....	323
1) Une dénaturation fonctionnelle .....	323
2) Une démission législative .....	324
B – Une portée didactique incertaine .....	327
1) Des sanctions non crédibles .....	327
2) Les nécessités d’une réforme .....	330
<b>CHAPITRE 2 – Les limites extra systémiques .....</b>	<b>334</b>
Section 1 – L’ingérence des médias .....	335
§ 1 – Les atteintes aux droits de la défense .....	335
A – Des principes ignorés des médias .....	335
1) Un contradictoire inappliqué.....	336
2) Une égalité des armes inapplicable.....	340
B – Des médias non respectueux des principes.....	342
1) Dans leur fonctionnement traditionnel.....	343
2) Dans la pratique quotidienne.....	346
§ 2 – Les capacités de résistance des droits de la défense.....	350
A – Des droits et des devoirs.....	351
1) Pour un développement des principes et des droits.....	351
2) Pour une application effective du secret de l’instruction .....	354
B – Une liberté de la presse maîtrisée ? .....	357
Section 2 – Les choix de politique criminelle et budgétaire .....	362
§ 1 – Les atteintes aux droits de la défense .....	363
A – Le développement des procédures d’exception.....	363
1) Une inégalité des armes organisée .....	364
2) Un recul du contradictoire.....	368
B – L’insuffisance des moyens engagés.....	370
1) Des droits soumis au budget de la justice .....	370
2) Un budget insuffisant pour l’application des droits .....	372
§ 2 – Les capacités de résistance des droits de la défense.....	377
A – La relativité des atteintes .....	377
B – Un budget en progression .....	380

TITRE 2 De la force des principes.....	385
à l'intensité des droits.....	385
<b>CHAPITRE 1 – La Consolidation du principe du contradictoire.....</b>	<b>387</b>
Section 1 – Par le bien fondé de l'accès au dossier.....	389
§ 1 – La faiblesse des fondements du secret de l'instruction .....	390
A – Une dualité de fondements .....	390
B – Une inefficacité de la répression non démontrée.....	392
§ 2 – Face à la légitimité du contradictoire .....	395
A – Une légitimité legaliste.....	395
B – Une légitimité sociale et empirique .....	397
Section 2 – Par une mise en œuvre conditionnée.....	400
§ 1 – Un encadrement juridique expérimenté .....	400
A – Un droit d'accès contrôlé.....	401
B – Un droit d'accès ouvert au gardé à vue.....	403
§ 2 – Un régime juridique adapté .....	405
A – Aux difficultés pratiques .....	405
1) La primauté du principe du contradictoire .....	406
2) Le dossier : une appréhension difficile .....	407
3) À la contradiction de l'enquête .....	409
B – Aux besoins de la défense.....	411
1) Les modalités d'accès au dossier .....	411
2) Une copie du dossier problématique .....	415
3) Les développements du dossier électronique .....	416
<b>CHAPITRE 2 – L’Affirmation du principe de l’égalité des armes.....</b>	<b>423</b>
Section 1 – La présence continue de l’avocat en garde à vue .....	424
§ 1 – Une intervention nécessairement circonscrite.....	425
A – L’existence de contingences.....	425
1) Une position de principe constructive .....	425
2) Une présence relative s’impose.....	431
B – Un champ d’application choisi .....	433
1) En fonction de critères .....	433

2) Selon la nature de l'infraction .....	434
§ 2 – Une liberté d'intervention encadrée .....	437
A – Une place à prendre .....	437
1) Dès le début de la procédure .....	437
2) Une présence relative .....	439
B – Un rôle à sa mesure.....	440
1) Inutilité d'un avocat taisant.....	440
2) Nécessité d'un avocat actif.....	441
Section 2 – La participation de la défense à la mise en état du dossier pénal.....	443
§ 1 – L'assistance de la défense à la construction du dossier .....	443
A – Un droit de la défense ouvert.....	443
B – Dans une procédure contrôlée.....	445
§ 2 – La contribution de la défense à l'orientation de la procédure .....	448
A – Un enjeu pour la défense .....	448
B – Un droit de la défense inédit .....	451
CONCLUSION .....	456
Bibliographie.....	460
I – Traités, manuels et ouvrages généraux .....	461
II – Ouvrages spéciaux .....	465
III – Thèses, mémoires et monographies .....	471
IV – Articles .....	473
V – Rapports, Études et Colloque .....	498
VI – Travaux parlementaires.....	501
VII – Jurisprudence .....	503
VIII – Principaux sites Internet .....	510
Annexe .....	512
Index.....	514
Table des matières .....	519

## Résumé

La notion de droits de la défense est universellement partagée et appliquée par l'ensemble des acteurs au procès pénal dans tous les systèmes judiciaires. Pour autant, les difficultés relatives à son appréhension demeurent.

L'examen systémique des droits sous l'angle des principes du contradictoire et de l'égalité des armes a pour but de définir les droits de la défense, d'explicitier leur fonctionnement dans le procès pénal et d'apprécier leur développement dans le temps.

Tout au long du procès, les droits et les principes s'entremêlent de manière inextricable. Ils connaissent des champs d'application similaires ou réservés, ils obtiennent des résultats identiques, et parfois distincts, ils ont de nombreux points communs et des différences qui laissent à penser qu'ils sont davantage complémentaires que concurrents.

Les principes du contradictoire et de l'égalité des armes apparaissent comme deux outils fonctionnels et révélateurs de l'effectivité des droits. Non seulement, ils permettent d'apprécier les droits de la défense horizontalement, à savoir d'une manière quantitative tout au long du procès pénal, mais ils permettent en outre de les appréhender verticalement, à savoir d'une façon qualitative en mesurant leur force.

En s'interrogeant sur les relations qu'entretiennent les droits et les principes au sein de notre triptyque, la présente étude soutient, d'une part, que l'exercice des principes du contradictoire et de l'égalité des armes garantit l'effectivité des droits de la défense, et d'autre part, que le développement des principes participe à un renouveau des droits.

Mots clés : droits de la défense ; principe du contradictoire ; principe de l'égalité des armes ; procédure pénale ; défense pénale ; procédure équitable ; accès au dossier ; droit à un avocat