

**L'état
des libertés**

POUVOIRS

DENYS DE BÉCHILLON

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN

GUY CARCASSONNE

DANY COHEN

PASCAL MBONGO

NICOLAS MOLFESSIS

JEAN-EMMANUEL RAY

SERGE SLAMA

PIERRE-OLIVIER SUR

DIDIER TABUTEAU

130

Seuil

RÉPRESSION PÉNALE ET LIBERTÉS

La France de la justice est complètement groggy. Les affaires dites 49
Outreau, Colonna et Ferrara ont successivement démontré les
insuffisances procédurales de l'instruction et du procès avec, de façon
transverse, la question de la preuve : preuve *via* les aveux en garde à vue,
preuve *via* la détention-pression, preuve *via* l'intime conviction – aucun
de ces trois moyens de preuve n'est satisfaisant.

Alors, réformer ! Mais lorsque le législateur agit par pointillisme, les
effets sont pervers : de plus en plus de complexité, de moins en moins
de libertés, et donc un système en crise qui appelle une réforme très
générale de la justice.

L'analyse du droit positif, autour du thème « Répression pénale et
libertés », en apporte la démonstration.

LES DIX PRINCIPALES LOIS AYANT RÉFORMÉ LE CODE PÉNAL ET LE CODE DE PROCÉDURE PÉNALE

Le 7 janvier 2009, lors de l'audience solennelle de rentrée de la Cour
de cassation, le président de la République reconnaissait que « notre
procédure pénale n'est pas suffisamment respectueuse des droits des
personnes », ajoutant que « le nombre de modifications du code de
procédure pénale, près de vingt réformes depuis vingt ans, marque que
l'on n'a manifestement pas encore trouvé l'équilibre nécessaire ». En tout
état de cause, il n'y a pas eu d'équilibre entre répression pénale et libertés.
Le catalogue des dix dernières grandes réformes¹ depuis dix ans en est

1. La présente étude se concentre sur dix des « vingt réformes depuis vingt ans » visées
par le président de la République, parce que ce sont les dix plus importantes. Mais, pour être

la preuve : trois lois dites de libertés, six lois dites de répression, une loi dite de liberté dont les effets sont contraires aux buts recherchés.

Les trois principales lois dites de liberté

*Loi n°2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, dite loi Guigou*²

Unanimentement reconnue comme étant une loi protectrice des droits et libertés, la loi Guigou a introduit dans le code de procédure pénale un article préliminaire³. Cet article fondamental, aujourd'hui maintes fois visé par la Cour de cassation, s'inspire des articles 5 et 6 de la Convention européenne des droits de l'homme définissant les conditions du procès équitable. Surtout, la loi du 15 juin 2000 a permis aux avocats de s'entretenir avec leurs clients dès le début de la garde à vue⁴ – ce qui était une revendication des barreaux.

Par ailleurs, la loi Guigou a retiré le pouvoir de placement en détention au juge d'instruction pour le confier à un nouveau juge, le juge des libertés et de la détention. Enfin, la loi a instauré un second degré de juridiction en matière criminelle⁵.

*Loi n°2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels, dite loi Fauchon*⁶

La loi Fauchon a durci les conditions d'engagement de responsabilité pénale des décideurs (principalement chefs d'entreprise et élus locaux) pour le contentieux des accidents. En effet, soucieux de rendre la res-

complet, il convient d'énoncer les dix autres réformes : loi du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions générales du code pénal qui a procédé à la refonte entière du code pénal, le « nouveau code pénal » étant entré en vigueur le 1^{er} mars 1994 ; lois du 4 janvier 1993 et du 24 août 1993 ouvrant les nullités de procédure et les demandes d'actes aux personnes mises en examen ; loi du 31 décembre 1996 ouvrant l'accès aux copies des PV aux personnes mises en examen ; loi du 30 décembre 2000 tendant à faciliter l'indemnisation des condamnés reconnus innocents ; loi du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne ; loi du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales ; loi du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme ; loi du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences commises au sein du couple ou contre les mineurs ; loi du 1^{er} juillet 2008 créant de nouveaux droits pour les victimes et améliorant l'exécution des peines.

2. *JO*, 16 juin 2000, p. 9038.

3. Voir Christine Lazerges, « Le renforcement de la protection de la présomption d'innocence et des droits des victimes », *RSC*, 2001, p. 7.

4. Articles 63-4 et 77 du code de procédure pénale.

5. Article 380-1 du code de procédure pénale.

6. *JO*, 11 juillet 2000, p. 10484.

ponsabilité pénale « plus juste et moins omniprésente⁷ », le législateur est intervenu en dépénalisant la faute simple sans relation de causalité directe avec le dommage⁸.

Depuis, en présence d'un lien seulement indirect entre la faute et le dommage, les juridictions ne peuvent condamner une personne physique sur le fondement d'un délit non intentionnel qu'à la condition qu'elle ait commis une faute qualifiée (« caractérisée » ou « délibérée »).

Concrètement, la loi Fauchon a inspiré les grandes relaxes des affaires dites du crash du mont Saint-Odile et de l'hormone de croissance⁹.

*Loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007 instituant un contrôleur général des lieux de privation de liberté*¹⁰

La loi du 30 octobre 2007 a eu pour objectif de protéger les droits et libertés des personnes incarcérées en créant un contrôleur général des lieux de privation de libertés, qui est la version française du *Chief Inspector of Prisons* au Royaume-Uni. Le contrôleur général des lieux de privation des libertés est une autorité administrative indépendante ayant vocation à « contrôler les conditions de prise en charge » des détenus « afin de s'assurer du respect de leurs droits fondamentaux » (art. 1^{er} de la loi). Cette réforme risque toutefois d'être dépourvue de réels effets. Alors que son homologue britannique dispose d'une équipe d'une quarantaine de personnes pour visiter environ cent cinquante établissements, le contrôleur général est aujourd'hui assisté de seulement dix-huit contrôleurs, chargés de vérifier pas moins de cinq mille cinq cents lieux de privation de liberté.

Les six principales lois dites de répression

*Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice, dite loi Perben I*¹¹

De tendance nettement répressive, la loi Perben I a mis l'accent sur une justice expéditive. Tout d'abord, elle a créé le juge non professionnel

7. Yves Mayaud, « Retour sur la culpabilité non intentionnelle en droit pénal... (à propos de la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000) », *Rec. Dalloz*, 2000, p. 603.

8. Article 121-3 al. 4 du code pénal.

9. CA de Colmar, 14 mars 2008, n° 06/01600 (crash du mont Saint-Odile) et TGI de Paris, 14 janvier 2009 (hormone de croissance).

10. *JO*, 31 octobre 2007, p. 17891

11. *JO*, 10 septembre 2002, p. 14934.

dit de proximité¹². Ensuite, elle a élargi le champ d'application de la procédure de comparution immédiate en supprimant le seuil des sept ans au-delà duquel cette procédure n'était auparavant pas applicable¹³. En outre, elle a été le vecteur d'une justice rendue par des ordinateurs et non par des hommes. C'est le mécanisme automatique de l'ordonnance pénale, initialement applicable aux seuls délits routiers¹⁴.

Enfin, concernant les mineurs, la loi a modifié de façon substantielle le droit positif. Elle a réécrit l'article 122-8 du code pénal en posant le principe de la responsabilité pénale des mineurs capables de discernement. Bouleversant la matière, elle a introduit des sanctions éducatives en droit français, qui sont des sanctions hybrides, à mi-chemin entre les mesures éducatives et les peines purement répressives, applicables aux mineurs de 10 ans¹⁵.

52

*Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, dite loi Sarkozy*¹⁶

La loi du 18 mars 2003 relève d'un « choix d'une politique pénale qui se veut plus répressive et plus policière¹⁷ ». Elle contient un volet extrêmement important relatif aux fichiers de police. En pratique, elle a autorisé la création de fichiers informatisés contenant des informations nominatives, afin de faciliter le rassemblement des preuves et la recherche des personnes à l'encontre desquelles « existent des indices graves ou concordants rendant vraisemblable » qu'elles aient pu participer aux faits poursuivis (fichiers STIC et JUDEX).

De manière plus spécifique, elle a refondu le FNAEG, ou fichier national automatisé des empreintes génétiques, dont l'objet est de centraliser les traces et empreintes génétiques concernant un certain nombre d'infractions, notamment sexuelles, en étendant considérablement son champ d'application¹⁸. Enfin, cette même loi a procédé à l'incrimination du fait « d'occuper en réunion les espaces communs ou les toits des immeubles collectifs d'habitation en entravant délibérément l'accès ou la libre circulation des personnes ou en empêchant le bon fonctionnement des

12. Voir Évelyne Syre-Marin, « L'inquiétude de professionnels du monde judiciaire devant la création des juges de proximité », *Rec. Dalloz*, 2002, p. 3275.

13. Article 395 du code de procédure pénale.

14. Article 495 du code de procédure pénale.

15. Article 15-1 de l'ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante.

16. *JO* du 19 mars 2003, p. 4769.

17. Jean-François Seuvic, « Présentation générale de la loi pour la sécurité intérieure », *RSC*, 2003, p. 817.

18. Articles 706-54 à 706-56 du code de procédure pénale.

dispositifs de sécurité et de sûreté »¹⁹. Il s'agit d'une infraction-obstacle particulièrement répressive, le curseur pénal intervenant *ab initio* dans l'*iter criminis*...

*Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, dite loi Perben II*²⁰

La loi Perben II est la plus répressive et la plus décriée. D'abord, en ce qui concerne les infractions les plus graves, elle a créé une procédure dérogatoire en matière de criminalité et de délinquance organisées²¹. L'intervention de l'avocat en garde à vue y est retardée à la 36^e heure²². Les infiltrations policières, les écoutes téléphoniques et les perquisitions nocturnes y sont autorisées, y compris pendant la phase d'enquête. Plus spécifiquement, cette loi s'est insérée dans la tendance qui consiste à créer des procédures pénales « bis » ou dérogatoires très sévères, applicables à une catégorie spécifique d'infractions considérées comme particulièrement graves (actes de terrorisme, infractions sexuelles, trafic de stupéfiants, etc.). Par ailleurs, la loi Perben II a généralisé le principe de la responsabilité pénale des personnes morales²³. Enfin, s'agissant des infractions les moins graves, elle a introduit en droit français la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC), qui s'inspire du *plea bargaining* anglo-saxon²⁴.

53

*Loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance*²⁵

Dans la lignée de la loi Perben I, la loi du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance s'est avant tout caractérisée par son caractère particulièrement répressif à l'égard des mineurs, leur régime se rapprochant de plus en plus, par effet de calque, de celui des majeurs²⁶. Ainsi, le champ d'application de la composition pénale, autrefois réservée aux

19. Article L126-3 du code de la construction et de l'habitation.

20. *JO*, 10 mars 2004, p. 4567.

21. Articles 706-73 et 706-74 du code de procédure pénale.

22. Voir André Giudicelli, « La garde à vue après la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 », *AJ pén.*, 2004, p. 261.

23. Article 121-2 du code pénal.

24. Voir Lore Gyselaers à propos de Mike McConville et Chester L. Mirsky, *Jury Trials and Plea Bargaining. A True History*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2005 », in *RSC*, 2007, p. 929.

25. *JO*, 7 mars 2007, p. 4297. Voir Philippe Conte, « La loi sur la prévention de la délinquance (loi n° 2007-297 du 5 mars 2007) », *D. pén.*, 2007, études n° 7.

26. Voir Philippe Bonfils, « Les dispositions relatives au droit pénal des mineurs délinquants dans la loi prévention de la délinquance », *Rec. Dalloz*, 2007, p. 1027.

majeurs (compte tenu d'un risque de spéculation sur la sanction), a été étendu aux mineurs de 13 ans²⁷. Par ailleurs, la procédure de jugement à délai rapproché, créée par la loi Perben I, a été remplacée par la « procédure de présentation immédiate devant la juridiction pour mineurs », sorte de comparution immédiate adaptée aux mineurs dont le champ d'application a été considérablement élargi. Enfin, l'une des mesures médiatiques de la loi a résidé dans l'incrimination, à l'article 222-33-3 du code pénal, de la pratique du *happy slapping* (fait de filmer des violences contre les personnes) et du délit d'embuscade²⁸, qui est une infraction particulièrement répressive en raison de son caractère formel.

*Loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs*²⁹

54 Cette loi, dans le prolongement de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales³⁰, a eu pour objet de renforcer la lutte contre les délinquants récidivistes en aggravant la répression à leur égard³¹. Ainsi, elle a introduit en droit français le système des peines dites plancher, en cas de récidive³². Par exemple, une peine d'au moins cinq ans doit être prononcée contre le délinquant récidiviste ayant commis un crime puni de quinze ans de réclusion criminelle³³. Toutefois, mis à part les cas où le crime ou le délit est commis une nouvelle fois en état de récidive légale, la juridiction peut prononcer une peine inférieure aux seuils plancher, à condition d'une motivation spéciale, compte tenu des circonstances de l'infraction, de la personnalité de son auteur et des garanties d'insertion ou de réinsertion présentées par celui-ci.

27. Article 41-2 du code de procédure pénale.

28. Article 222-15-1 du code pénal.

29. *JO*, 11 août 2007, p. 13466.

30. *JO*, 13 décembre 2005, p. 19152.

31. Le 5 novembre 2008, le garde des Sceaux présentait un nouveau projet de loi « tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale ». Ainsi, en l'espace d'à peine trois ans, deux lois et un projet de loi ont eu pour objet exclusif de renforcer la lutte contre la récidive. À l'évidence, ces textes ne sont que des réponses hâtives destinées à satisfaire l'opinion, sans qu'un réel travail de réflexion soit mené pour enrayer le phénomène de la récidive.

32. S'il est encore trop tôt pour évaluer l'impact de la loi sur la population carcérale, entre les peines prononcées en état de récidive légale au quatrième trimestre de 2007 et celles qui l'ont été un an auparavant, le nombre de peines est quasi identique mais l'écart est très élevé en ce qui concerne leur quantum moyen global (7,2 mois en 2006, 15,9 mois en 2007). Voir William Roumier, « Première évaluation de la loi renforçant la lutte contre la récidive », *D. pén.*, janvier 2009, p. 3.

33. Article 132-18-1 du code pénal.

*Loi n°2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*³⁴

Enfin, la loi du 25 février 2008, abondamment commentée³⁵, regroupe deux séries de dispositions caractérisées par leur très grande sévérité et leur aspect liberticide³⁶.

Tout d'abord, elle a introduit en droit français la rétention de sûreté, qui permet l'enfermement, dans des centres socio-médico-judiciaires et pour une durée d'un an renouvelable (indéfiniment), d'individus qui, à l'issue de l'exécution de leur peine privative de liberté, présentent une « particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive parce qu'ils souffrent d'un trouble grave de la personnalité³⁷ ». Selon Robert Badinter, la rétention de sûreté permet qu'une personne ayant purgé sa peine soit condamnée « non plus pour les faits qu'elle a commis, mais pour ceux qu'elle pourrait commettre³⁸ ». Dans le but de parvenir à une sûreté publique pure et parfaite, elle peut aboutir à l'isolement définitif d'un homme, en l'enfermant à perpétuité, au nom d'une infraction hypothétique et dubitative. Par un second volet, cette loi s'est intégrée dans un mouvement favorable aux victimes, en leur offrant une audience publique, en cas de non-lieu psychiatrique, afin de permettre une confrontation entre la victime et le mis en examen. Pour les victimes, cela présente un intérêt majeur en termes d'effets cathartiques de la justice³⁹.

55

Il est notoire que cette loi du 25 février 2008 est intervenue à la suite de deux faits divers⁴⁰ – ce qui pose la question du but légitime poursuivi par le législateur : l'intérêt général dans le cadre d'une politique

34. *JO*, 26 février 2008, p. 3266.

35. Voir notamment Yves Mayaud, « La mesure de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n°2008-562 DC du 21 février 2008 », *Rec. Dalloz*, 2008, p. 1359 ; Jean-Paul Céré, « La rétention de sûreté à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJ pén.*, 2008, p. 220.

36. Voir Martine Herzog-Evans, « La loi du 25 février 2008 ou la mise à mort des "principes cardinaux" de notre droit », *AJ pén.*, 2008, p. 161.

37. Article 706-53-13 du code de procédure pénale.

38. Robert Badinter, « Nous sommes dans une période sombre pour notre justice », *Le Monde*, 24 février 2008.

39. Article 706-122 du code de procédure pénale.

40. Le premier volet relatif à la rétention de sûreté fait suite à l'enlèvement et au viol, en août 2007, du jeune garçon Enis par le pédophile récidiviste Francis Évrard. Le second volet sur la déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mental est en lien étroit avec le non-lieu pour irresponsabilité dont a bénéficié Romain Dupuy en 2007, auteur du meurtre de deux infirmières dans un hôpital psychiatrique de Pau.

pénale cohérente, ou bien le cas par cas pour satisfaire l'opinion publique.

La loi dite de liberté, dont les effets sont contraires aux buts recherchés

*Loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale*⁴¹

Cette loi a été mise en œuvre à la suite du traumatisme suscité par l'affaire d'Outreau. Elle s'est donc voulue protectrice en termes de libertés. Malheureusement, sa disposition principale consistant à marginaliser les juges d'instruction a opéré un transfert de pouvoirs entre les mains du parquet qui échappe totalement au contrôle des avocats.

56 Car, si les plaintes avec constitution de partie civile demeurent possibles, pour initier une procédure pénale, elles doivent aujourd'hui être précédées d'une plainte simple, laquelle peut être suivie d'une plainte avec constitution de partie civile à défaut de réponse du parquet à l'expiration d'un délai de trois mois ou en cas de classement sans suite. Ainsi, concrètement, toute procédure passe désormais par une enquête préliminaire sous l'égide du ministère public. Alors, de même qu'en flagrance, le secret de l'enquête est absolu et l'avocat est privé d'accès à la procédure. Cependant, lorsque la plainte simple – donc l'enquête préliminaire – débouche sur l'ouverture d'une information judiciaire (ce qui est très rare en pratique, à savoir 5 % des dossiers), le juge d'instruction interviendra dans le cadre d'un système de collégialité – dont l'entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2010 est compromise par l'annonce faite par le président de la République de la suppression du juge d'instruction. Enfin, la loi a instauré des fenêtres de publicité pour permettre une certaine transparence de la procédure pénale d'instruction, tant devant le juge des libertés et de la détention que devant la chambre de l'instruction⁴².

Une étude attentive des réformes les plus notables ayant affecté la procédure pénale et le droit pénal français ces dernières années ne laisse

41. JO du 6 mars 2007, p. 4206.

42. Articles 145 al. 6 et 199 al. 2 du code de procédure pénale. Voir Haritini Matsopoulou, « Les innovations dans la conduite de l'information judiciaire : une urgence pour 2010 ! », *D. pén.*, avril 2007, études n° 5, p. 7.

donc planer aucun doute sur la tendance dominante entre répression et libertés. L'ancien garde des Sceaux, Mme Rachida Dati, a évoqué, à propos de la rétention de sûreté « la sûreté de tous, au prix de la liberté de quelques-uns ⁴³ », ce qui témoigne d'un net recul des libertés publiques, au profit d'une société dite sécuritaire à la poursuite d'un « risque zéro » ⁴⁴ que l'on pourrait comparer à une mauvaise version du mythe d'Icare ou à une bonne promesse électorale.

LE RECU L DES LIBERTÉS PUBLIQUES APPELLE UNE GRANDE RÉFORME

L'évolution du droit pénal, par stratification, à coups de réformes menées sous l'exigence des chocs émotionnels (à la suite de certains faits divers), conduit à une impressionnante marche arrière en termes de libertés publiques. La preuve résulte par exemple de la procédure pénale préliminaire au procès et de la gestion des peines de prison à long terme, ce qui appelle une grande réforme.

57

Le constat selon lequel la loi n°2007-291 du 5 mars 2007 renvoie à la situation... d'avant la loi du 8 décembre 1897

On connaît l'histoire du juge d'instruction. D'abord « homme le plus puissant de France » (Napoléon), puis « petit juge » (le juge Pascal de l'affaire Bruay-en-Artois, le juge Lambert de l'affaire Grégory), et « grand juge » (Eva Joly, Laurence Vichnievsky, Philippe Courroye), il est aujourd'hui « juge humilié » (le juge Burgaud de l'affaire d'Outreau, le juge Van Ruymbeke de l'affaire Clearstream). Alors, la loi du 5 mars 2007 a *de facto* supprimé le juge d'instruction. Pendant la période transitoire qui précède l'avènement du nouveau juge dit « de l'instruction », la procédure préalable à l'audience pénale est concentrée entre les mains du parquet, ce qui écarte les avocats, renvoyant à la situation d'avant la loi du 8 décembre 1897.

43. C'est en ces termes que Rachida Dati a défendu la rétention de sûreté lors des débats préalables à l'adoption du projet de loi devant l'Assemblée nationale. Voir notamment le dossier n°64 relatif à la rétention de sûreté de l'Observatoire international des prisons.

44. La théorie du « risque zéro » a été développée par le candidat Nicolas Sarkozy durant la campagne présidentielle (voir par exemple l'interview de Nicolas Sarkozy, à l'époque ministre de l'Intérieur, invité du journal de 20 heures sur TF1 le 30 octobre 2005) *via* un emprunt à la doctrine sécuritaire du maire de New York Rudolph W. Giuliani (voir par exemple Hélène Vissière, « Élections américaines – Giuliani, le républicain iconoclaste », *Le Point*, 3 mai 2007).

*La loi du 5 mars 2007 concentre la procédure
entre les mains du parquet*

L'affaire d'Outreau a eu pour conséquence une défiance du législateur à l'égard du juge d'instruction. C'est la loi du 5 mars 2007 qui, sauf exception, a substitué au magistrat instructeur le procureur de la République. Pour bien comprendre les dangers de la situation actuelle, il faut présenter, concrètement, le début d'une affaire pénale. Soit il s'agit d'un « flagrant délit », et c'est alors le circuit court de la citation en justice – ici rien n'a changé ! Soit c'est un « signalement » d'un tiers ; alors, voici l'enquête préliminaire, sous le contrôle du parquet, qui débouche sur un classement sans suite ou sur l'ouverture d'une information, donc la saisine d'un juge d'instruction dans les cas les plus graves, qui sont aussi les plus rares – là encore, rien n'a changé ! Soit, ce qui est le cas le plus fréquent, le plaignant qui est

58

la victime directe de l'infraction dépose « plainte » – voilà où tout a changé ! Avant la loi du 5 mars 2007, le plaignant choisissait dans la plupart des cas la plainte avec constitution de partie civile, ce qui entraînait la saisine automatique d'un juge d'instruction depuis le célèbre arrêt *Laurent-Attalin*⁴⁵. Or, la loi du 5 mars 2007 a reculé dans le temps cette voie de droit pour le plaignant, car il doit désormais s'adresser par plainte simple au procureur de la République, qui mène alors l'enquête comme le faisait hier le juge d'instruction.

Au total, le juge d'instruction ne connaît plus aujourd'hui que 5 % des affaires qui seront transmises à la juridiction de jugement. Il en résulte clairement que 95 % des dossiers échappent, dans la phase d'enquête, au contrôle de l'avocat. Et nul ne contestera que ce constat est pour le moins très préoccupant !

*La loi du 5 mars 2007 fait échapper la procédure
au contrôle de l'avocat*

Quel est le rôle de l'avocat pendant la phase dite d'enquête, qui devient le tronc commun de toutes les affaires pénales ?

– Côté plaignant, le dépôt de plainte peut être confié à l'avocat. Mais, contrairement au formalisme qui préexistait à la mise en place d'une plainte avec constitution de partie civile, la plainte simple ne nécessite aucune mention particulière avec visa textuel et autres syllogismes judiciaires, qui conditionnent sa recevabilité. Une lettre suffit, écrite ou non par un avocat.

45. Arrêt *Laurent-Attalin*, Cass., 8 décembre 1906, *Rec. Dalloz*, 1907, 1, p. 207 ; *Rec. Sirey*, 1907, 1, p. 377.

– Côté défense, l’avocat peut être présent en cas de placement en garde à vue. Or, on sait que son intervention se situe seulement en tant que gardien de la procédure (il est aux côtés de son client, pendant trente minutes, pour lui dire ses droits et les faire respecter). Il n’est là ni en tant que défenseur (il n’a pas accès au dossier et ne participe pas aux actes d’auditions, de confrontations, de perquisitions), ni même en tant qu’« assistante sociale » (à l’issue de son entretien, il n’a le droit d’en parler à personne, même pas à la famille du gardé à vue).

– Côté plaignant et côté défense, les avocats peuvent concrètement rencontrer le procureur de la République ou le substitut en charge du dossier pour essayer d’en suivre le cours. Mais, même si ces derniers ont reçu des instructions formelles depuis la loi du 5 mars 2007 d’ouvrir leurs portes aux avocats, ils ne peuvent en aucun cas leur ouvrir le dossier... de telle sorte que l’avocat ne peut ni saisir la chambre de l’instruction pour soulever une nullité, ni solliciter un acte d’investigation. Il n’est pas « partie » à la procédure. Il en est juridiquement exclu !

59

Ainsi le bâtonnier de Paris Christian Charrière-Bournazel regrette la place résiduelle aujourd’hui laissée à l’avocat qui n’intervient plus qu’*in fine*, c’est-à-dire à l’audience et non pendant la phase préliminaire, pour : « contrer des procès-verbaux établis par des officiers de police judiciaire, hors la présence de tout défenseur, et dans la solitude terrible de la garde à vue⁴⁶ ».

Notre procédure pénale est donc menée par des procureurs, hors la présence de l’avocat, comme cela se faisait lors d’une période qu’on croyait à jamais révolue.

Avant la loi du 8 décembre 1897, la procédure échappait au contrôle des avocats

C’est en effet la loi du 8 décembre 1897, dite loi Constans⁴⁷, qui a ouvert la porte des cabinets d’instruction aux avocats, lesquels, pour la première fois, pouvaient avoir accès à la procédure (la veille des interrogatoires), et y assister leurs clients...

Que de temps passé depuis l’Ancien Régime qui interdisait à l’avocat toute défense pénale ! Ainsi en était-il de l’ordonnance de Colbert de 1670 et déjà de l’ordonnance de Villers-Cotterêts de 1539 : « Tout procès

46. Bâtonnier Christian Charrière-Bournazel, « Éditorial », *Bulletin du barreau de Paris*, n°40, 25 novembre 2008.

47. Jean Pradel, « Centenaire de la loi du 8 décembre 1897 sur la défense avant le jugement pénal : essai d’un bilan », *Rec. Dalloz*, 1997, p. 375.

criminel se fait par ses juges ou ses lieutenants, *et non par nos procureurs et avocats*⁴⁸. »

Ainsi, la loi du 8 décembre 1897 a profondément réformé le code d'instruction criminelle de 1808, avant de donner lieu à de successives avancées des droits de la défense.

Cependant, en termes de libertés publiques, chaque petit pas résulte d'une grande victoire. Ainsi, le code de procédure pénale du 31 décembre 1957 n'a pas apporté de modification substantielle et il faudra attendre :

- le ministère de Robert Badinter pour obtenir, après l'abolition de la peine de mort, la loi du 10 juin 1983 prévoyant que l'avocat « doit » être convoqué par lettre recommandée au moins quatre jours ouvrables avant un interrogatoire, tandis qu'il « peut » commander et recevoir la copie du dossier ;

60 - les lois des 4 janvier et 24 août 1993, pour donner aux personnes mises en examen la possibilité de soulever des nullités de procédure et de former des demandes d'actes auprès du juge d'instruction et concernant la garde à vue, pour autoriser la présence de l'avocat « à la vingtième heure » ;

- la loi du 31 décembre 1996, pour admettre que les avocats puissent, sous certaines conditions, transmettre une reproduction du dossier à leurs clients.

Et donc, quel retour en arrière, puisqu'aujourd'hui 95 % des procédures se caractérisent par l'absence d'accès au dossier, avec des interrogatoires sans juge et sans avocat, comme selon les dispositions de l'article 144 de l'ordonnance de Villers-Cotterêts sous François I^{er} !

Le constat selon lequel la loi n°2008-174 du 25 février 2008 renvoie à la situation... d'avant la loi du Talion

La loi du 25 février 2008 a marqué de son caractère répressif le jugement non plus sur les faits qui ont été commis, mais sur ceux qui pourraient être commis⁵⁰, ce qui bouleverse profondément nos grands principes en nous renvoyant avant la loi du Talion.

48. Article 144 de l'ordonnance de Villers-Cotterêts. L'article 164 prévoyait en cas de fausse accusation un procès en dénonciation calomnieuse, cette fois de nature civile, donc où pouvaient intervenir les avocats : « Et si par la question ou la torture, l'on ne peut rien gagner à l'encontre de l'accusé, tellement qu'il n'y ait matière de le condamner: nous voulons lui être fait droit sur son absolution, pour le regard de la partie civile, et sur la réparation de la calomnieuse accusation; et à cette fin les parties ouïes en jugement pour prendre leurs conclusions, l'un à l'encontre de l'autre, et être réglées en procès ordinaire. »

49. Dominique Mien et Jean-François Barre, « Reste-t-il des droits de la défense en phase d'enquête ? », *AJ pén.*, 2004, p. 235.

50. Voir *supra* note n°36.

Un emprisonnement perpétuel

La rétention de sûreté, telle qu'elle résulte de la loi du 25 février 2008, permet qu'un individu d'une particulière dangerosité – ce qui est « caractérisé par une probabilité très élevée de récidive » – puisse, après avoir exécuté sa peine, être toujours enfermé tant qu'il est considéré comme pouvant commettre, un jour, une nouvelle infraction. Préalablement à sa remise en liberté, la Commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté doit être saisie pour avis sur sa dangerosité. À cette fin, il est placé « dans un service spécialisé chargé de l'observation des personnes détenues » pendant une durée d'au moins six semaines⁵¹. Il en est de même des personnes condamnées à perpétuité en cas de demande de libération conditionnelle⁵².

Or, le signataire du présent article est en mesure de témoigner très concrètement de l'inanité de la procédure mise en œuvre au visa des dispositions ci-dessus énoncées. En effet, le « service spécialisé chargé de l'observation des personnes détenues » n'est autre que le Centre national d'observation (CNO) qui a été mis en place à Fresnes depuis 1985⁵³. Tandis qu'avant la réforme du 25 février 2008, les condamnés pour de longues peines devaient s'y soumettre après que leurs condamnations étaient devenues définitives, ils doivent désormais y revenir à la fin théorique de leur peine, pendant six semaines, période pendant laquelle ils ne seront, en réalité, soumis qu'à quelques heures d'entretien avec une assistance sociale et un psychologue.

C'est ainsi qu'à l'issue de cette « observation », le CNO rend un rapport dit d'évaluation pluridisciplinaire de dangerosité, qui se compose d'une évaluation socio-éducative, d'une évaluation psychologique et d'un bilan du Pôle détention – lesquels viennent simplement se superposer tant aux rapports « classiques » de l'Administration pénitentiaire et du Service pénitentiaire d'insertion et de probation (SPIP), émis pour toute demande de libération conditionnelle, qu'à l'expertise psychiatrique de dangerosité confiée à deux experts en dehors du CNO... et ce, sans apporter l'éclairage supplémentaire attendu.

51. Article 706-53-14 du code de procédure pénale.

52. Article 729 du code de procédure pénale.

53. De sa création en 1950 à 1985, ce Centre s'appelait le Centre national d'orientation.

Une mesure renvoyant à la situation d'avant la loi du Talion

Apparue en 1730 avant J.-C. dans le Code d'Hammourabi, la loi du Talion⁵⁴ est considérée comme un progrès au motif qu'elle a introduit une dose de proportionnalité entre l'infraction commise et la sanction à purger (« talion » vient du latin « semblable »)⁵⁵. C'est dans ces conditions que la loi du Talion a été reprise par la Bible⁵⁶, la Torah et le Coran.

Par l'introduction en droit français du mécanisme de la rétention de sûreté, le législateur a permis qu'un homme soit enfermé à vie pour des faits qu'il n'a pas commis, mais qu'il pourrait commettre un jour. Il a ainsi mis en place une mesure gravement attentatoire aux libertés, renvoyant à la situation d'avant la loi du Talion. À la réciprocité de cette dernière s'est substituée une disproportion flagrante : l'enfermement à durée indéterminée.

62

Les contours nécessaires d'une grande réforme de la justice

Il a été démontré que le droit pénal, qui avait gagné ses lettres de noblesse, en termes de libertés publiques, à force de grandes réformes de la société, les a perdues au coup par coup en réaction à des faits divers qui ont perturbé l'opinion publique.

Ainsi le législateur, en faisant du pointillisme, a fait de la marche arrière...

Si donc une réforme s'impose, la question est celle d'une réécriture totale des grands équilibres. Non pas au cas par cas, entre répression et libertés, mais d'une façon plus générale, concernant la justice tout entière.

1. Pour l'instruction, un consensus s'est dessiné autour du rapport Delmas-Marty (1990) dans le cadre duquel le discours du président de la République s'est inscrit (7 janvier 2009). Malheureusement, le rapport Léger (6 mars 2009) n'a pas mis en place une égalité des armes face au nouveau juge de l'instruction, mais un système en déséquilibre, au profit du parquet⁵⁷. Rappelons ici que le problème n'est pas que le parquet

54. Juliette Durif, *Le Talion et le Début de la justice publique*, thèse, Lyon, 1937.

55. Bernard Bouloc, *Droit pénal général*, Dalloz, 2005, 19^e éd., p. 52.

56. « Si un homme frappe à mort un être humain, quel qu'il soit, il sera mis à mort. S'il frappe à mort un animal, il le remplacera – vie pour vie. Si un homme provoque une infirmité chez un compatriote, on lui fera ce qu'il a fait : fracture pour fracture, œil pour œil, dent pour dent ; on provoquera chez lui la même infirmité qu'il a provoquée chez l'autre. Qui frappe un animal doit rembourser ; qui frappe un homme est mis à mort. Vous aurez une seule législation : la même pour l'étranger et pour l'indigène » (Lévitique 24,17-22).

57. Si le rapport contient certains progrès, pour la profession d'avocat, il est inadmissible d'y lire qu'il conviendrait de « préserver l'efficacité de l'enquête et notamment des premières

soit hiérarchisé (cela apparaît légitime pour la conduite de la politique pénale), mais que le parquet soit devenu tout puissant (à la fois maître de la saisine et des investigations)⁵⁸.

2. Concernant le procès, ne faut-il pas dépasser le débat accusatoire/inquisitoire ? Alors il convient de remettre en cause le principe de l'intime conviction⁵⁹, *via* l'oralité des débats au service d'une vérité transcendante, qui s'impose comme par la magie de la théâtralisation de l'audience publique ! Ayons le courage de repenser le procès, sans avoir peur d'emprunter aux procédures pénales internationales à la fois leur distance vis-à-vis de l'émotion et leur rigueur en termes de recherche de la preuve pour fonder une culpabilité.

3. Et à propos de l'État, c'est-à-dire de ses éventuels dysfonctionnements, donc de sa responsabilité, faut-il faire perdurer son privilège de juridiction devant les tribunaux administratifs, ce qui demeure une anomalie au regard du droit comparé ? 63

À l'évidence, au-delà d'une réforme du droit pénal, c'est tout le système juridique français qu'il faut repenser. Le droit européen y conduira nécessairement.

heures de garde à vue. La présence de l'avocat dès les premières auditions est en effet susceptible d'entraver et de ralentir le déroulement de l'enquête, alors que ce sont généralement les premières investigations qui se révèlent déterminantes pour la découverte de la vérité ».

58. Le rapport Léger est en contradiction avec la jurisprudence européenne qui considère que le parquet, en France, n'est pas une autorité judiciaire au sens que la Cour européenne donne à cette notion, car il lui manque l'indépendance à l'égard du pouvoir exécutif. Et ladite jurisprudence européenne sanctionne ainsi tous les actes coercitifs pris dans le cadre d'une enquête préliminaire sous l'égide du parquet. Voir Jean-François Renucci, « Un séisme judiciaire : pour la CEDH, les magistrats du parquet ne sont pas une autorité judiciaire (à propos de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, 5^e section, du 10 juillet 2008) », *Rec. Dalloz*, 2009, p. 600.

59. Le principe de l'intime conviction, selon lequel les arrêts de cour d'assises n'ont pas à être motivés, qui est applicable notamment en France et en Belgique, a été sévèrement remis en cause par la Cour européenne des droits de l'homme dans une décision *Taxquet c. Belgique* du 13 janvier 2009. La Cour n'a pas retenu l'argument selon lequel les garanties procédurales qu'offre la procédure criminelle permettent de pallier l'absence de motivation plus précise de la déclaration de culpabilité et a conclu à l'unanimité à la violation du droit à un procès équitable en raison de ce défaut de motivation. Dans ces conditions, une réforme législative est à prévoir. Voir William Roumier, « La motivation des arrêts de cour d'assises est contraire aux dispositions de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme », *D. pén.*, mars 2009, p. 2.

R É S U M É

La France de la justice est complètement groggy. Pour l'opinion publique, il y a les procès Outreau, Colonna et Ferrara. Pour les professionnels, il y a les vingt réformes de la procédure depuis vingt ans. Ainsi, le législateur a agi par pointillisme et en réaction à des faits divers. Or, ces textes ne sont que des réponses hâtives destinées à satisfaire l'opinion sans qu'un réel travail de réflexion ait été mené. Les effets sont pervers : de plus en plus de complexité, de moins en moins de libertés, et donc un système en crise qui appelle une réforme très générale. L'analyse du droit positif, autour du thème « Répression pénale et libertés », en apporte la démonstration.

L'état des libertés

SOMMAIRE

LIBERTÉS : UNE ÉVOLUTION PARADOXALE	Guy Carcassonne
LA BANALISATION DU CONCEPT DE « CENSURE »	Pascal Mbongo
IMMIGRATION ET LIBERTÉS	Serge Slama
RÉPRESSION PÉNALE ET LIBERTÉS	Pierre-Olivier Sur
LES NOUVELLES TECHNOLOGIES	Laurence Burgorgue-Larsen
LES LOIS DOMESTIQUES	Nicolas Molfessis
SANTÉ ET LIBERTÉ	Didier Tabuteau
LE JUGE, GARDIEN DES LIBERTÉS ?	Dany Cohen
LES LIBERTÉS DANS L'ENTREPRISE	Jean-Emmanuel Ray
RENOUVELER LES LIBERTÉS ?	Denys de Béchillon

CHRONIQUES

LA PASSATION DES POUVOIRS PRÉSIDENTIELS AUX ÉTATS-UNIS	Stéphanie Gruet
REPÈRES ÉTRANGERS (1 ^{er} JANVIER-31 MARS 2009)	Pierre Astié Dominique Breillat et Céline Lageot
CHRONIQUE CONSTITUTIONNELLE FRANÇAISE (1 ^{er} JANVIER-30 AVRIL 2009)	Pierre Avril et Jean Gicquel

SUMMARIES

www.editionsduseuil.fr
www.revue-pouvoirs.fr



9 782020 986755

ISBN 978.2.02.098675.5

Imprimé en France 09.09 18 €