

ARTICLE DE LA REVUE JURIDIQUE THÉMIS

On peut se procurer ce numéro de la Revue juridique Thémis à l'adresse suivante :

Les Éditions Thémis

Faculté de droit, Université de Montréal

C.P. 6128, Succ. Centre-Ville

Montréal, Québec

H3C 3J7

Téléphone : (514)343-6627

Télécopieur : (514)343-6779

Courriel : themis@droit.umontreal.ca

© Éditions Thémis inc.

Toute reproduction ou distribution interdite
disponible à : www.themis.umontreal.ca

La Revue juridique Thémis / volume 29 - numéro 1

La protection de la personne en France

depuis les réformes de procédure

pénale en 1993^[1]

Jean PRADEL^[2]

INTRODUCTION 161

I. UNE MONTÉE DES DROITS DE LA DÉFENSE 164

A. Le droit à l'avocat 164

1. La présence de l'avocat au cours de la garde à vue 165

a) *Sur le moment de l'intervention de l'avocat* 166

b) *Quant aux formes de l'intervention de l'avocat* 168

c) *Sur la nature de l'intervention de l'avocat* 169

2. La présence de l'avocat au cours de l'instruction 170

a) *La règle de l'accès de l'avocat au dossier dans les*

cas ordinaires 170

b) *Le droit pour l'avocat d'accéder au dossier dans deux*

hypothèses particulières 173

B. Les droits autres 174

1. La trilogie des droits internes 174

a) *Le droit de savoir le contenu du dossier* 174

b) *Le droit de participer aux investigations* 175

c) *Le droit de critiquer la procédure* 177

2. L'existence d'un droit externe 181

II. UN ABAISSEMENT DES ATTEINTES À LA LIBERTÉ 182

A. Restrictions du domaine de la garde à vue 182

1. Restrictions directes 182

2. Restrictions indirectes 184

B. Création d'un <<référé-liberté>> en cas de détention provisoire 186

1. Mécanisme nouveau 187

2. Appréciation 188

CONCLUSION 189

En évoquant d'emblée *les réformes de procédure pénale*, nous voulons montrer qu'il y a eu au moins deux réformes la même année, donc en quelques mois, ce qui aussitôt laisse deviner une crise pénale en France. De fait une crise existe et se développe avec ses causes bien connues dont les principales sont la montée régulière de la criminalité^[3] et une incapacité du législateur à s'en tenir à une idéologie déterminée. Il est frappant en effet que le législateur depuis une vingtaine d'années oscille entre une politique exclusivement tournée vers l'individu et une politique de conciliation de cette considération avec celle de l'intérêt général. Tout ceci se fait au gré des circonstances ou des majorités politiques, et l'on assiste ainsi à un déferlement de lois, une quinzaine depuis 1970 sur la seule question de la détention provisoire, dont certaines ont été abrogées avant même d'être entrées en application.

Sur ce fond de crise interviennent les propositions de la Commission Justice pénale et droits de l'homme dont l'essentiel porte sur les droits du suspect et de l'inculpé. Le juge d'instruction disparaît -- les investigations étant menées par la police judiciaire et le ministère public -- tandis que revient à un juge des libertés la connaissance des questions juridictionnelles et notamment des atteintes à la liberté: le tout baigne dans un climat de ferveur envers les droits de l'homme^[4].

Ce schéma ne reçoit pas l'aval du législateur. Celui-ci cependant, par une loi du 4 janvier 1993, s'il conserve la façade de juge d'instruction, modifie en profondeur la procédure pénale. Non seulement disparaissent de vieux bâtiments comme les pouvoirs de police judiciaire du préfet ou les privilèges de juridiction, non seulement en apparaissent de nouveaux comme la médiation^[5], mais encore et surtout, le bâtiment central, c'est-à-dire les droits du suspect ou de l'inculpé, est métamorphosé. Par exemple, l'avocat apparaît à la garde à vue, l'avocat de l'inculpé, rebaptisé d'ailleurs en personne mise en examen, peut accéder au dossier d'instruction de façon constante à partir du quatrième jour avant son premier interrogatoire, le parquet en ouvrant une information donne connaissance de ses réquisitions introductives à la personne qui y est visée, la mise en détention est décidée non par le juge d'instruction mais par un juge jusqu'au 31 décembre 1993 et, au-delà, par une chambre composée de ce juge et de deux échevins, les nullités sont développées ainsi que la présomption d'innocence, etc. Même la procédure d'audience est radicalement changée, devenant accusatoire à l'anglo-saxonne. On le voit, la réforme du 4 janvier 1993 était exclusivement orientée vers la protection de l'individu, son exposé des motifs ayant nettement indiqué que <<les principes sur lesquels elle se fonde sont les principes républicains, ceux de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et, plus particulièrement, la garantie de la liberté individuelle, la présomption d'innocence et les droits de la défense>>^[6]. On pourrait ajouter que dans le droit fil de la Convention européenne, une sorte

d'égalité des armes entre accusation et défense est consacrée.

À vrai dire, la protection de la société n'est plus assurée. Avec une loi aussi marquée idéologiquement -- et de plus extrêmement compliquée avec ses 244 articles qui s'appliquent à des dates différentes, et bâclée, la procédure d'urgence ayant été réclamée par le gouvernement -- les résultats apparaissent très vite comme désastreux: le nombre des gardes à vue diminue selon les ressorts de 20 à 60%, celui des ouvertures d'information de 17% et celui des comparutions immédiates de 5%^[7]. Les magistrats manifestent une grande déception et la doctrine même, du moins quant elle rompt le silence^[8]. La probabilité du naufrage avait d'ailleurs été pressentie par divers parlementaires au point que l'un d'eux, le sénateur Jacques Larché, avait déposé dès le 3 février -- soit avant même l'application de la plupart des dispositions du texte -- une proposition de loi tendant à réformer la réforme de janvier. Déjà Pénélope perçait sous la loi de janvier. Et dans sa présentation, M. Larché indiquait d'emblée que la loi du 4 janvier <<ne saurait trouver place parmi les bonnes lois de la République>>^[9].

Avec le changement de majorité politique survenu en mars 1993, les choses sont reprises. Dès avril, la chancellerie crée un groupe de travail composé de magistrats et présidé par notre collègue Bernard Bouloc. Cet organisme devait trier parmi les dispositions de la loi du 4 janvier celles qu'il fallait abroger purement et simplement, celles qu'il fallait conserver en l'état et celles qui devaient être améliorées. En outre, des contraintes précises étaient posées par le gouvernement: politiquement, il fallait laisser l'avocat à la garde à vue et financièrement il convenait de ne pas faire une réforme onéreuse, ce qui allait conduire à supprimer le juge de la détention et à plus forte raison la chambre des mises en détention. Parallèlement, on assiste à un intense bouillonnement d'idées qui se traduisent par une profusion de chroniques dans la grande presse, une activité soutenue des avocats et la tenue au Sénat le 20 avril d'une journée d'études sur le thème <<Quelle procédure pénale: glaive ou bouclier?>>. Le 10 mai, le groupe de travail remet son rapport, très conforme aux prévisions: doivent être conservées la disparition des privilèges de juridiction et des pouvoirs du préfet ainsi que la nouvelle médiation, tous apports de la loi de janvier ici excellente; doivent être abrogées la mise en détention par le juge délégué et par la chambre des mises en détention ainsi que la procédure contradictoire à l'audience^[10]; enfin doivent être aménagées dans un sens plus conforme aux intérêts de la société les règles concernant le suspect et le mis en examen^[11]. Là-dessus, le gouvernement décide de saisir très vite le Parlement^[12]. Il le fait d'ailleurs non pas en élaborant un projet de loi -- ce qui aurait pris du temps avec notamment l'avis du Conseil d'État -- mais en reprenant la proposition de loi Larché de février, laquelle avait adopté des positions annonciatrices de celles du groupe de travail. La Commission sénatoriale des lois examine cette proposition dans sa séance du 26 mai et la modifie peu^[13]. Le Sénat l'adopte peu après. En même temps, la Commission des lois de l'Assemblée nationale procède à une étude très importante, entendant de nombreux représentants d'organisations professionnelles de magistrats, d'avocats et de policiers, allant même jusqu'à se rendre au commissariat principal de police du XVIII^e arrondissement pour mieux comprendre le fonctionnement pratique de la réforme de janvier^[14]. Fin juin, l'Assemblée nationale vote un texte proche de celui du Sénat. Puis en seconde lecture, en juillet, le Sénat n'apporte que d'infimes modifications et quelques jours après, l'Assemblée nationale vote le 13 juillet le texte dans les mêmes termes que le Sénat en seconde lecture. Si l'on veut caractériser d'un mot l'esprit de la seconde loi, on dira qu'elle assure bien mieux cet équilibre entre défense et société que la première loi, tout en étant plus libérale que la législation antérieure à la loi de janvier. Il fallait cependant s'y attendre, l'opposition saisit le Conseil constitutionnel qui, dans sa décision du 11 août, annule quatre dispositions et formule une réserve d'interprétation^[15].

Le texte définitif est promulgué le 24 août. C'est un texte bien plus bref que celui du 4 janvier précédent: 49 articles contre 244^[16]. Il est complété par une circulaire de la direction des affaires criminelles, du même jour. Des deux lois de 1993 -- de celle du 4 janvier pour ses dispositions non abrogées par celles du 24 août et de celle du 24 août -- les dispositions les plus intéressantes concernent, comme on l'a déjà deviné, le statut de la personne soupçonnée ou mise en examen, donc la condition de la personne impliquée avant jugement. Cette question est par conséquent la seule que l'on examinera, et on le fera en ce qui concerne à la fois la défense et la liberté. Plus

précisément, dans le cadre des deux lois confondues, on constate une montée des droits de la défense (I) et simultanément un abaissement des atteintes à la liberté (II).

I. UNE MONTÉE DES DROITS DE LA DÉFENSE

L'expression <<droits de la défense>> est à la fois large et imprécise: large car elle inclut aussi bien la partie civile que la personne poursuivie, c'est-à-dire toutes les personnes privées, celles que le *Code de procédure pénale* appelle les <<parties>> par opposition au ministère public; imprécise car si le législateur utilise l'expression, assez rarement d'ailleurs[17], il ne la définit pas. On peut cependant admettre, s'agissant de la personne impliquée dans une affaire pénale, que les droits de la défense sont un ensemble de prérogatives accordées à cette personne pour lui permettre de faire triompher la présomption d'innocence dont elle bénéficie. De là, on peut déduire que les droits de la défense impliquent l'assistance d'un avocat -- le noyau dur des droits de la défense -- et divers droits complémentaires de celui-ci, comme celui de participer à l'instruction. Tous ces droits sont aujourd'hui renforcés.

A. Le droit à l'avocat

Avant les lois de 1993, l'avocat n'apparaissait qu'au cours de l'instruction. Désormais, il apparaît aussi durant la garde à vue et, au cours de l'instruction, il est davantage présent.

1. La présence de l'avocat au cours de la garde à vue

La question de la présence de l'avocat *au cours de la garde à vue* est l'une des plus discutées en France depuis plusieurs années. Les avocats y sont de longue date très favorables, à quelques rares exceptions près[18]. Les policiers, et à un moindre degré les gendarmes, n'y sont au contraire pas favorables. Les premiers invoquent l'exemple des droits étrangers et le fait que les sévices infligés à la personne gardée à vue ne sont pas une hypothèse d'école[19], alors que les seconds allèguent les difficultés dans la recherche de la vérité si l'avocat est présent. À vrai dire, l'argument tiré des droits étrangers est un peu spécieux, compte tenu des différences qui existent entre les droits: par exemple en Angleterre, où apparaît effectivement l'avocat, la police est totalement séparée du ministère public de sorte que le contrepois constitué par le défenseur est logique, et cela d'autant plus qu'il n'y a pas de juge d'instruction. À l'argument tiré des sévices policiers, on peut répondre qu'il incombe au parquet de contrôler plus strictement les gardes à vue. L'argument le plus solide est certainement celui de la nécessité des investigations et il est si solide que les droits étrangers, admettant l'intervention de l'avocat, apportent parfois des limites[20] tandis que de son côté la Cour de Strasbourg n'a jamais formellement imposé cette intervention. Mais il faut convenir que la discussion est rendue plus complexe encore si l'on rappelle qu'il y a plusieurs conceptions de la présence de l'avocat: on peut lui donner le droit de consulter le dossier et d'assister la personne gardée à vue au cours de son interrogatoire (thèse maximale), ou au contraire lui octroyer tout au plus la possibilité de s'entretenir un moment avec la personne en dehors des policiers, certes, mais sans participation aux investigations (thèse minimale), ou encore lui conférer le droit de consulter le dossier, mais sans assister à l'interrogatoire, ou d'assister à celui-ci mais sans consulter le dossier (thèses moyennes).

La loi du 4 janvier 1993 avait prévu la possibilité d'un entretien de l'avocat avec la personne durant 30 minutes, à l'issue de la vingtième heure jusqu'au 31 décembre 1993 et dès le début de la garde à vue à partir du 1^{er} janvier 1994. La présence de l'avocat entrant dans notre droit pour n'en plus sortir. En effet, tous les débats ultérieurs ne porteront que sur les modalités de cette présence. Ainsi la proposition Larché, tout en prévoyant que l'avocat interviendrait dès le début de la garde à vue, établissait deux restrictions: le droit pour l'officier de police judiciaire de réclamer au parquet l'exclusion de l'avocat en raison des nécessités de l'enquête et l'exclusion automatique de l'avocat en cas d'infractions très graves comme les actes de terrorisme[21] et le trafic de drogue[22]. Après quelques hésitations, le législateur du 24 août 1993 retint le système

suisant, qui appelle quelques remarques générales.

a) *Sur le moment de l'intervention de l'avocat*

Sur le *moment de l'intervention de l'avocat*, les hésitations, on le sait, ont été vives: devait-on permettre cette intervention dès le début de la garde à vue ou seulement à l'issue d'un certain délai? Cette seconde thèse était majoritaire lors de la discussion parlementaire et déjà au sein du groupe de travail. En sa faveur, on invoquait les nécessités de l'enquête et aussi le fait que l'avocat ayant pour mission de prendre connaissance du déroulement de la procédure et de conseiller son client, il faut bien que plusieurs heures se soient passées avant qu'il puisse intervenir[23]. Cependant un amendement avait été déposé en faveur d'une intervention immédiate de l'avocat au motif qu'il fallait garantir une aide à une grande masse de personnes qui se retrouvent pour la première fois en garde à vue[24]. Finalement, le législateur au 24 août 1993 admit le système suivant, dualiste.

Il posa d'abord un régime général, de droit commun selon lequel l'avocat intervient à l'issue de la vingtième heure, ce qui est une pérennisation du système admis en janvier à titre transitoire jusqu'au 31 décembre 1993. Selon l'alinéa 1 de l'article 63-4 du *Code de procédure pénale*, << lorsque vingt heures se sont écoulées depuis le début de la garde à vue, la personne peut demander à s'entretenir avec un avocat >>.

Il posa ensuite deux régimes spéciaux exceptionnels. D'abord dans un sens libéral, les mineurs peuvent demander à s'entretenir avec un avocat dès le début de la garde à vue[25]. Avant les lois de janvier et août 1993, la garde à vue des mineurs obéissait au droit commun des majeurs. Désormais, des règles particulières, comme celle-ci sont prévues pour les mineurs[26]. Ensuite dans un sens répressif, le législateur a prévu un recul du moment de l'intervention de l'avocat lorsque l'enquête porte sur certaines infractions particulièrement graves. Selon l'alinéa 6 de l'article 63-4 du *Code de procédure pénale* le délai de 20 heures est porté à 36 lorsque l'enquête intéresse des faits de participation à une association de malfaiteurs, de proxénétisme aggravé, d'extorsion de fonds, de destruction ou de vol commis en bande organisée. Cette disposition étant dérogoire au droit commun doit évidemment être interprétée restrictivement. Et pour assurer le respect de ce caractère restrictif, l'alinéa 7 de l'article 63-4 impose à l'officier de police judiciaire d'avertir dans les meilleurs délais le parquet qu'il est fait application de la dérogation. Ainsi le magistrat du parquet pourra apprécier si la qualification retenue par la police judiciaire est la bonne. Bien que la loi n'en dise rien, le procureur doit être avisé avant la vingt et unième heure de la garde à vue puisque c'est normalement à ce moment que l'intéressé peut demander à s'entretenir avec un avocat[27]. Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 11 août 1993, a validé cette disposition dérogoire puisque les droits de la défense ne sont pas supprimés et que le procureur est averti, étant précisé aussi par lui qu'il existe des différences de situations liées à la nature de ces infractions, que cette différence de traitement ne procède donc pas d'une discrimination injustifiée[28]. On ajoutera enfin que le législateur, dans son souci d'assurer une bonne efficacité à l'enquête, avait exclu toute présence de l'avocat en cas de trafic de stupéfiants et d'actes de terrorisme[29]. Mais cette fois le Conseil constitutionnel a censuré la disposition qui dénie << à une personne tout droit à s'entretenir avec un avocat pendant une garde à vue à raison de certaines infractions alors que ce droit est reconnu à d'autres personnes dans le cadre d'enquêtes sur des infractions différentes punies de peines aussi graves et dont les éléments de fait peuvent se révéler aussi complexes >>: en effet une telle disposition << méconnaît, s'agissant d'un droit de la défense, l'égalité entre les justiciables >>[30]. Le législateur aurait-il été trop gourmand? On peut en effet penser que s'il avait aligné le trafic de drogue et les actes de terrorisme sur l'association de malfaiteurs et autres infractions l'accompagnant, la censure constitutionnelle ne serait pas tombée. On peut donc penser que le législateur pourrait statuer à nouveau et prévoir par exemple un délai de 36 heures en matière de trafic de drogue et d'actes terroristes. Mais pour l'heure, les personnes gardées à vue pour l'une de ces deux infractions peuvent demander à s'entretenir avec un avocat dès la vingt et unième heure, ce qui n'est pas conforme aux nécessités de l'enquête et ce qui en outre est peu cohérent avec ce qui a été décidé en matière d'association de malfaiteurs et infractions assimilées, lesquelles ne sont pas plus

graves que ces deux infractions.

b) *Quant aux formes de l'intervention de l'avocat*

Quant aux *formes de l'intervention* de l'avocat, les choses sont moins complexes. Le principe est celui d'un entretien de 30 minutes au maximum avec la personne gardée à vue dans des conditions qui garantissent sa confidentialité[31]. L'avocat ne peut donc ni consulter le dossier ni assister à l'interrogatoire. Le législateur a voulu concilier les nécessités de l'enquête et le droit à l'avocat. Le groupe de travail avait prévu que l'avocat pourrait prendre connaissance des procès-verbaux d'audition de la personne gardée à vue et s'entretenir avec la personne par téléphone, compte tenu de l'impossibilité de <<regrouper>> les sites de garde à vue[32]. Le législateur a heureusement exclu ces deux possibilités, la première car elle nuirait à l'enquête et pourrait créer un contentieux prématuré sur le contenu des procès-verbaux, la seconde car elle poserait des difficultés matérielles et réduirait l'aide morale à la personne, but premier de la réforme.

Pour assurer le bon déroulement de l'entretien, la loi a prévu quelques dispositions. D'abord, la personne est avertie dès le début de sa garde à vue de son droit à l'assistance d'un avocat, avec mention de cet avis au procès-verbal avec émargement par elle[33]. Ensuite, l'avocat est choisi par la personne ou à défaut désigné d'office par le bâtonnier <<par tous moyens et sans délai>>[34]. De plus, l'avocat, avant l'entretien, est informé par l'officier de police judiciaire de la nature de l'infraction reprochée; et bien que la loi soit muette, les enquêteurs veilleront à ce que cette information soit mentionnée au procès-verbal[35]. En outre, à l'issue de l'entretien, l'avocat peut présenter <<des observations écrites qui sont jointes à la procédure>>: il pourra s'agir d'une demande d'audition ou de perquisition, voire d'une remarque sur l'état de santé de l'intéressé[36]. Enfin la loi du 24 août 1993 s'est préoccupée de la rémunération de l'avocat. La loi du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique, en disposant que <<l'aide juridictionnelle est accordée en matière gracieuse ou contentieuse, en demande ou en défense devant toute juridiction>>[37] avait exclu la garde à vue, chose naturelle d'ailleurs à l'époque puisque l'avocat n'y intervenait pas encore. Or l'article 47 de la loi du 24 août 1993 modifie ainsi l'article 1 de la loi de 1991: <<l'aide juridique comprend l'aide juridictionnelle, l'aide à l'accès au droit et l'aide à l'intervention de l'avocat au cours de la garde à vue>>.

c) *Sur la nature de l'intervention de l'avocat*

Quelle est enfin la *nature de l'intervention* de l'avocat? Ce qu'il faut indiquer d'emblée, c'est l'importance du nouveau principe. Le Conseil constitutionnel l'a très bien compris en <<constitutionnalisant l'avocat à la garde vue>>[38]. Très exactement, le Conseil constitutionnel a intégré l'avocat dans les droits de la défense, en déclarant que <<le droit de la personne à s'entretenir avec un avocat au cours de la garde à vue constitue un droit de la défense qui s'exerce durant la phase d'enquête de la procédure pénale>>[39]. Or la haute juridiction considère depuis 1976 que le respect des droits de la défense fait partie des <<principes fondamentaux reconnus par les lois de la République>> et donc s'intègrent au <<bloc de constitutionnalité>>.

Importante par conséquent dans son principe, l'intervention de l'avocat doit encore être précisée quant à son contenu. Les praticiens et plus spécialement les avocats n'ont pas, au moins au début, ressenti clairement l'objet de leur intervention. Au vrai, leur rôle dépend du moment de leur intervention. S'ils interviennent *ab initio*, ils apportent une aide morale et juridique, en informant la personne sur le déroulement probable de la mesure et en la conseillant sur l'attitude à adopter. S'ils interviennent après la vingtième heure ou après la trente-sixième heure, c'est plutôt le contrôle *a posteriori* de la mesure qui est en jeu, ainsi que ses suites très prochaines comme le défèrement au parquet[40]. Un trait commun apparaît cependant, celui que l'entretien est un réconfort moral, un acte qui rassure.

Subsiste cependant un risque évident, celui d'une gêne pour le déroulement de l'enquête, la personne attendant l'arrivée de l'avocat pour savoir si elle parlera et comment, puis après le

départ de l'avocat décidant de ne pas parler, peut-être parfois sur les conseils de l'avocat. Quand la loi du 8 décembre 1897 introduisit l'avocat dans les cabinets d'instruction, les parquets aussitôt se mirent à moins saisir les juges d'instruction ou à les saisir plus tard, laissant se développer l'enquête où l'avocat n'apparaissait pas. L'avocat étant aujourd'hui à la garde à vue, les officiers de police judiciaire vont devoir réunir le maximum d'informations avant le déclenchement de la garde à vue, procéder à une sorte de <<pré-enquête>> dont les conséquences seront qu'au cours de la garde à vue l'aveu coulera de source au lieu de devoir être obtenu avec difficultés. Mais cette <<pré-enquête>> pourra être l'occasion d'irrégularités qui -- c'est le pire cas -- ne pourront jamais être détectées et donc sanctionnées.

2. La présence de l'avocat au cours de l'instruction

La présence de l'avocat *au cours de l'instruction* est bien plus ancienne. La règle de principe antérieure aux lois de 1993 est connue: l'avocat n'apparaît qu'après l'interrogatoire de première comparution et encore il ne peut consulter le dossier que deux jours ouvrables avant chaque interrogatoire[41]. En outre, et toujours avant les lois de 1993, des dispositions précises existaient en faveur des personnes visées par une plainte avec constitution de partie civile[42] ou contre lesquelles existaient déjà des indices de culpabilité[43]: les unes et les autres avaient droit à l'assistance d'un avocat lors de leur interrogatoire mené par un juge d'instruction. Nos deux lois apportent d'importantes retouches à cet ensemble, et dans le sens d'un renforcement de la présence de l'avocat en ce qui concerne son droit d'accès au dossier de la procédure.

a) La règle de l'accès de l'avocat au dossier dans les

cas ordinaires

La règle de l'accès de l'avocat au dossier est nettement renforcée *dans les cas ordinaires*. En principe, ce droit d'accès se fonde sur la mise en examen (ex-inculpation) de la personne à l'encontre de laquelle existent des indices laissant présumer qu'elle a participé aux faits[44]. Les choses sont rendues un peu plus compliquées par le fait qu'il y a plusieurs formes de mise en examen avec la loi du 24 août 1993. Si la mise en examen résulte d'un interrogatoire de première comparution effectué par le juge d'instruction[45], l'avocat est convoqué au plus tard cinq jours ouvrables avant l'interrogatoire et la procédure est mise à sa disposition <<quatre jours ouvrables au plus tard avant chaque interrogatoire>>[46]. Et si la mise en examen découle de ces deux nouveaux modes créés par la loi du 24 août 1993 que sont l'envoi d'une lettre recommandée par le juge à la personne mise en examen et la notification à celle-ci par un officier de police judiciaire agissant sur instructions du juge, l'avocat a le droit de consulter le dossier 15 jours après l'envoi de la lettre ou après la notification[47]. En outre, règle capitale et nouvelle, depuis la loi du 4 janvier 1993, à partir de la première fois où l'avocat a accès au dossier, il ne cesse plus de pouvoir y accéder. Ainsi au principe de discontinuité créé par les textes antérieurs à ceux de 1993 (accès au dossier uniquement deux jours avant chaque interrogatoire), les législateurs de 1993 ont substitué un principe de continuité dans la consultation du dossier (accès permanent au dossier).

À titre exceptionnel cependant, le droit de communication du dossier peut être supprimé dans l'intérêt de l'instruction. Lors des débats parlementaires de la loi du 4 janvier 1993, le Sénat avait tenté de faire voter une réserve, la mise à la disposition du dossier pouvant avoir lieu à tout moment, <<réserve faite des exigences du bon fonctionnement du cabinet du juge d'instruction>>, incidence qui d'ailleurs se trouvait déjà dans le projet de loi ayant abouti à la loi du 4 janvier 1993. Mais l'Assemblée nationale, alors s'y était opposée[48]. La proposition Larché devait reprendre cette expression[49]. Et finalement, le nouvel article 114, alinéa 3 du *Code de procédure pénale* après avoir posé le principe de continuité, ajoute les mots <<sous réserve des exigences du bon fonctionnement du cabinet d'instruction>>.

Toute la difficulté est de savoir comment interpréter cette expression prudente et vague, qui rappelle un peu cet <<intérêt d'une bonne administration de la justice>> que l'on retrouve

plusieurs fois[50]. Devant la Commission des lois de l'Assemblée nationale, le rapporteur, M. Tiberi, a souligné que cette disposition ne semblait pas de nature à remettre en cause le droit de l'avocat à consulter le dossier à tout moment et <<qu'il fallait faire confiance à la sagesse des juges d'instruction qui sauront faire un usage approprié de la faculté>> ainsi reconnue[51]. Selon le Conseil constitutionnel, beaucoup moins confiant, cette disposition <<dès lors qu'elle est assortie de précisions suffisantes tenant à des délais ou à des conditions objectives n'est pas de nature à entraver l'exercice des droits de la défense>>; et la haute instance d'ajouter que <<sous cette réserve d'interprétation, l'article 12-1 (qui contient cette exception) n'est pas contraire à la Constitution>>[52]. Les juges d'instruction devront s'en souvenir: ils ne pourront refuser d'ouvrir leur dossier à l'avocat que pour des raisons objectives et pour une durée brève. Et comme l'on sait que les réserves interprétatives obligent notamment les juges, on pourrait imaginer qu'une personne mise en examen dont l'avocat se voit refuser systématiquement l'accès au dossier saisisse la chambre d'accusation aux fins d'annulation de la procédure, pour méconnaissance d'une formalité substantielle[53]. Assez précise enfin, la circulaire d'application de la loi du 24 août 1993 indique que <<l'objet de cette restriction est simplement de permettre au juge de refuser temporairement la communication du dossier dans certaines circonstances particulières tel l'accomplissement d'actes urgents... Ces dispositions doivent naturellement s'appliquer dans le cadre des relations de confiance existant entre les barreaux et les juges d'instruction>>[54]. En pratique, la dérogation au principe de continuité est de droit étroit à la fois quant à la durée de la non-communication et quant aux cas de non-communication, ceux-ci devant se limiter pour l'essentiel à des procès-verbaux capitaux qui viennent d'arriver au cabinet d'instruction et pour l'exploitation desquels le juge est obligé de jouer l'effet de surprise. On notera que, dans ce cadre étroit, il adviendra que le droit d'aujourd'hui et de demain sera plus sévère que celui d'hier qui obligeait, selon la jurisprudence, le juge d'instruction à communiquer à l'avocat un dossier absolument complet[55]. Cela dit, il faut approuver la restriction ainsi entendue. Elle existe d'ailleurs dans la plupart des droits européens, notamment aux Pays-Bas, en Allemagne et en Suisse.

b) *Le droit pour l'avocat d'accéder au dossier dans deux*

hypothèses particulières

Le droit pour l'avocat d'accéder au dossier sort également renforcé *dans deux hypothèses particulières*. La première intéresse le cas de la personne nommément visée par une plainte avec constitution de partie civile. Il est traité à l'article 104 du *Code de procédure pénale*. Cet article, dans sa rédaction issue de la loi du 4 janvier 1993, prévoit que la personne peut, lors de ses auditions en qualité de témoin, demander le bénéfice des dispositions applicables aux personnes mises en examen[56]. La loi du 24 août 1993 a retouché légèrement cet article, le législateur ayant voulu que cette personne puisse non pas exercer tous les droits reconnus à la personne mise en examen, mais seulement ceux qui sont directement liés aux droits de la défense. C'est ainsi que dans sa nouvelle rédaction, l'article 104 vise <<les droits reconnus aux personnes mises en examen par les articles 114, 115 et 120>>. Et l'on sait que l'article 114 donne à l'avocat un droit en principe permanent de consulter le dossier. Avant 1993, cette personne était seulement assistée d'un avocat lors de ses auditions, ce conseil pouvant consulter le dossier deux jours ouvrables avant l'audition. Désormais, ce défenseur aura en principe un droit d'accès au dossier de façon permanente.

La seconde hypothèse intéresse le cas de personnes non visées par une constitution initiale de partie civile, mais contre lesquelles existent des indices graves et concordants de participation aux faits poursuivis. Naguère l'article 105 relatif à cette situation interdisait au juge d'instruction de les entendre comme témoins, ce qui l'obligeait à les inculper. La loi du 4 janvier 1993 supprima cette disposition puisqu'elle obligeait le procureur ou le juge à prononcer leur mise en examen dès qu'apparaissaient à leur encontre de tels indices: l'article 105 n'avait plus de raison d'exister[57]. Dès lors cependant que la loi du 24 août 1993 redonne au juge le pouvoir de prononcer la mise en examen, il était utile de rétablir l'article 105 et c'est ce qu'a fait son article 11-II. Cependant, en rétablissant l'article 105, le législateur d'août 1993 en a profité pour étendre

les droits de la défense. D'une part, il n'est plus nécessaire d'établir que c'est << dans le dessein de faire échec aux droits de la défense >>[58] que le juge ou l'officier de police judiciaire aura retardé la mise en examen alors que les indices sont réunis: en effet le nouvel article 105, alinéa 1 décide que << les personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves et concordants d'avoir participé aux faits [...] ne peuvent être entendues comme témoins >>. Jadis la présence de l'avocat et son droit de consulter le dossier pouvaient être éludés si l'organe d'instruction n'avait pas l'intention de nuire à la défense. Ce n'est plus possible[59]. D'autre part, l'article 105 est complété par deux alinéas, rajoutés par la loi du 24 août 1993, l'essentiel de la nouveauté étant que, dans le cas d'un réquisitoire nominatif, le magistrat instructeur qui estime ne pas devoir mettre en examen la personne qui s'y trouve visée peut l'entendre en qualité de témoin, mais en lui donnant connaissance du réquisitoire et surtout avec cette conséquence que << cette personne bénéficie des droits reconnus aux personnes mises en examen >>[60]. Par conséquent, son avocat dispose d'un droit d'accès en principe permanent au dossier.

Accentuant donc le droit à l'avocat, les législateurs de 1993 ont également renforcé la défense en développant d'autres aspects des droits autres.

B. Les droits autres

Longtemps parents pauvres au sein de la famille des droits de la défense, ces droits autres se trouvent singulièrement renforcés depuis 1993, même s'ils ne concernent que la phase de l'instruction. Le renforcement est spectaculaire en ce que d'un côté les droits traditionnels, liés au procès, se développent et de l'autre apparaît un nouveau droit, étranger au procès, celui pour la personne poursuivie de défendre sa réputation. À de vieux droits internes à la procédure, qui se développent, s'ajoute donc un droit externe à celle-ci, et qui apparaît.

1. La trilogie des droits internes

La trilogie des *droits internes* est connue: la personne hier inculpée avait un droit de savoir, de participer et de critiquer. Or, aujourd'hui la personne mise en examen voit croître cette trilogie de ses prérogatives.

a) Le droit de savoir le contenu du dossier

Le droit de savoir le contenu du dossier avait été sensiblement accru par la loi du 4 janvier 1993 par une double disposition, intéressant les deux extrémités de l'instruction. D'abord, le procureur de la République, en signant un réquisitoire introductif nominatif, devait en aviser aussitôt la personne intéressée[61]. Même si l'article C. 80-1-2 de la circulaire d'application du 27 janvier 1993 avait tenté de justifier la loi en indiquant que l'exercice des droits de la défense impliquait une telle diligence, il n'avait convaincu personne. C'est qu'en effet même limitée à l'énoncé des faits poursuivis, cette information nuirait gravement à l'instruction. Comment envisager sérieusement une perquisition ou une écoute téléphonique[62] si le principal intéressé est déjà au courant de la procédure qui vient de se nouer contre lui? Aussi la loi du 24 août 1993 supprimait-elle cette information. Ensuite le juge d'instruction, quand son information lui paraissait terminée, devait convoquer la personne mise en examen et lui donner connaissance des présomptions de charges pesant contre elle[63]. C'était là une formalité lourde et inutile, puisque l'avocat se voyait par la même loi conférer un droit de regard permanent sur la procédure. Là encore, la loi du 24 août 1993 supprima cette formalité.

Faut-il en déduire que le droit de savoir ne s'est pas développé depuis 1993? Non car d'abord l'avocat, avec son droit de consulter le dossier à tout moment peut informer son client; non car ensuite la loi du 24 août 1993 a maintenu sous une forme simplifiée la formalité de l'ancien article 80-3, alinéa 1: en effet en son article 24 la loi d'août retouche l'article 175 du *Code de procédure pénale* pour lui faire dire désormais que << aussitôt que l'information lui paraît terminée, le juge d'instruction en avise les parties et leurs avocats, soit verbalement avec

émargement au dossier, soit par lettre recommandée>>, soit le cas échéant par les soins du chef de l'établissement pénitentiaire[64].

b) *Le droit de participer aux investigations*

Le droit de participer aux investigations est bien plus renforcé[65]. Il témoigne chez le législateur du souci de prendre en compte la volonté de la personne mise en examen. Toutefois une distinction doit être faite entre les deux lois.

La loi du 4 janvier 1993 avait ouvert très largement le droit de demander au juge l'accomplissement d'un acte d'instruction. Selon l'article 82-1 du *Code de procédure pénale*, << les parties peuvent, au cours de l'information, saisir le juge d'instruction d'une demande écrite et motivée tendant à ce qu'il soit procédé à leur audition ou à leur interrogatoire, à l'audition d'un témoin, à une confrontation ou à un transport sur les lieux, ou à ce qu'il soit ordonné la production par l'une d'entre elles d'une pièce utile à l'information>>. Le texte ajoutait que le juge, en cas de refus, devait rendre une ordonnance motivée dans le mois et contre laquelle un appel était possible. Enfin l'article 82-1 prévoyait qu'une personne mise en examen et non interrogée depuis trois mois pouvait exiger du juge qu'elle le soit à nouveau, et il lui suffisait d'en faire la demande écrite. Cette triple nouveauté était importante puisqu'auparavant le juge pouvait toujours ne pas déférer aux demandes de l'inculpé au point même qu'il n'avait pas à rendre d'ordonnance de refus et que s'il avait malgré tout rédigé une telle ordonnance, celle-ci était non susceptible d'appel, la liste des cas d'appel telle que formulée à l'article 186 C.p.p. étant limitative[66]. À cette triple nouveauté, il faut en ajouter une quatrième, moins importante en pratique: la loi du 4 janvier 1993 a ajouté à l'article 81 un alinéa 9 décidant que les parties peuvent lui demander par requête écrite et motivée de prescrire un examen médical ou psychologique avec obligation pour lui, en cas de refus, de rendre une ordonnance motivée dans le mois, son appel étant possible par la partie mécontente; et si le juge omet de rendre l'ordonnance, ladite partie peut saisir le président de la chambre d'accusation directement.

Il était à prévoir cependant que ces dispositions très libérales poseraient bien des difficultés. Après seulement quelques mois d'application de la réforme du 4 janvier 1993, des abus éclataient, des personnes mises en examen multipliant des demandes d'actes inutiles ou dilatoires. Aussi le législateur du 24 août 1993 a-t-il prévu un mécanisme correcteur inspiré de celui prévu par l'article 148-6 C.p.p. sur les demandes de mainlevée ou de modification du contrôle judiciaire. Très exactement, la personne mise en examen qui entend réclamer au juge d'instruction une investigation doit faire une déclaration au greffier du juge d'instruction saisi du dossier. Cette déclaration est constatée et datée par le greffier qui la signe ainsi que le demandeur ou son avocat. Si le demandeur ne peut signer, il en est fait mention par le greffier et s'il ne réside pas dans le ressort de la juridiction compétente, il peut adresser au greffier une lettre recommandée avec demande d'avis de réception; enfin, s'il est détenu, il peut faire sa demande au moyen d'une déclaration auprès du chef de l'établissement pénitentiaire. Ce formalisme s'applique dans trois hypothèses: pour les demandes d'examen médical ou psychologique[67]; pour les demandes d'audition, de confrontation, d'interrogatoire, de transport sur les lieux ou de production de pièce[68]; enfin pour les demandes d'expertise. On le voit, le législateur d'août 1993 n'est pas revenu sur l'acquis réalisé par le législateur de janvier 1993. Il s'est borné à prévoir un dispositif pour éviter certains excès. Ce dispositif sera utile, même s'il se traduit par un surcroît de formalisme.

Pour donner plus de poids au nouveau droit de la personne mise en examen de réclamer des actes d'instruction, la loi du 24 août 1993 a prévu que, à l'issue de l'interrogatoire de première comparution, le juge d'instruction doit aviser l'intéressé de son droit de solliciter l'une des trois mesures d'instruction qu'on vient d'indiquer, cette demande pouvant être faite pendant tout le cours de l'instruction et plus précisément jusqu'au vingtième jour suivant l'envoi de la lettre indiquant que l'instruction paraît terminée[69]. Déjà la loi du 4 janvier 1993 avait accordé à la personne mise en examen le droit de demander par écrit au juge d'instruction d'être l'objet d'une

première comparution, le juge devant agir dans les 15 jours[70]. Cette disposition a été maintenue par la loi du 24 août 1993.

c) *Le droit de critiquer la procédure*

C'est enfin le *droit de critiquer la procédure* qui se trouve lui aussi développé. À vrai dire, c'est moins le droit d'appeler que le droit de soulever une nullité qui est transformé.

Le droit pour la personne mise en examen de faire appel de certaines ordonnances du juge d'instruction n'est pas modifié. Aujourd'hui comme avant 1993, le droit d'appel de la personne mise en examen est limitativement conçu, ses cas d'application étant énumérés à l'article 186 C.p.p. Un point toutefois a été changé. L'ancien article 187 C.p.p. disposait qu'en cas d'appel d'une ordonnance du juge (autre que de règlement), le juge poursuivait son information sauf décision contraire de la chambre d'accusation. Avec la loi du 24 août 1993, la décision est prise désormais par le président de la chambre d'accusation. La raison de cette modification est que la chambre est en pratique incapable de se prononcer avant l'audience à laquelle le recours est examiné et qu'elle ne peut donc statuer que très ou trop tard. Seul le président, qui a entre les mains le dossier bien avant la chambre, peut prendre opportunément une décision de suspension[71]. Il apparaît ainsi que la réforme d'août 1993 est favorable à la personne mise en examen puisque la suspension de l'instruction pourra intervenir assez tôt[72].

Le plus important -- et de loin -- intéresse les nullités. On connaît la position traditionnelle de notre droit: à l'instruction, la personne poursuivie ne peut soulever des nullités, étant inapte à faire une requête à cette fin ou à greffer sur un appel une demande en ce sens. On invoquait en faveur de cette position le silence de la loi (qui n'ouvrait le droit d'agir qu'au parquet et au juge) et la nécessité de ne pas perdre de temps par des manoeuvres qui auraient pu être dilatoires[73]. Or, la loi du 4 janvier 1993 ouvre à la personne mise en examen le droit d'agir en nullité, l'alinéa 3 de l'article 173 C.p.p. décidant que <<si l'une des parties estime qu'une nullité a été commise, elle saisit la chambre d'accusation par requête>>. La personne en examen est placée sur le même pied que le juge d'instruction et le parquet. Ainsi est accentué le droit de la personne mise en examen à critiquer la marche de l'instruction. Toutefois là encore des dérapages étant possibles sous la forme d'une multitude de requêtes en annulation, le législateur a prévu de nombreuses conditions. L'encadrement du droit de soulever des nullités, entamé en janvier 1993, a été parachevé en août 1993.

Une première condition, *ratione tempore*, est prévue: la personne mise en examen ne peut agir en nullité qu'au cours de l'instruction et non plus au-delà. Plus précisément, le système admis est le même qu'en matière de demande d'actes d'investigation. On le rappellera brièvement. Lors de la première comparution, le juge indique au mis en examen son droit de formuler une demande en nullité[74] et, au moment de clore sa procédure, il en avise l'intéressé qui, à l'expiration d'un délai de 20 jours à compter de l'envoi de l'avis, ne pourra plus soulever de nullité[75]. On se souvient que dans le système ancien, le prévenu pouvait soulever à l'audience certaines nullités de l'instruction. Ce droit lui est donc aujourd'hui refusé[76]. Ainsi, le législateur a procédé à une simplification: dans tous les cas, que l'on soit en matière correctionnelle, contraventionnelle ou criminelle, que le renvoi soit décidé par le juge d'instruction ou par la chambre d'accusation, les nullités sont purgées à la clôture de l'instruction alors qu'avant 1993, il n'en était ainsi que lorsque le renvoi émanait de la chambre d'accusation. On se réjouira de cette simplification.

D'autres conditions, *ratione materiae*, sont indiquées et elles sont au nombre de quatre. Premièrement, la loi d'août institue un formalisme analogue à celui qui est exigé en matière de demande d'actes d'instruction. On rappellera que le demandeur doit faire une déclaration au greffe ou à défaut une lettre recommandée avec demande d'avis de réception, sauf à noter que la diligence est faite au greffe de la chambre d'accusation[77]. On ajoutera que la demande doit être motivée, l'alinéa 3 de l'article 173 parlant d'une <<requête motivée>>, exigence déjà formulée dans la loi de janvier. Deuxièmement, la loi d'août insère entre le troisième et le quatrième alinéa de l'article 173 un alinéa -- commun du reste à tout demandeur en nullité, qu'il s'agisse du

parquet, du juge ou des parties privées, mis en examen ou partie civile -- selon lequel les demandes en annulation <<ne sont pas applicables aux actes de procédure qui peuvent faire l'objet d'un appel de la part des parties, et notamment des décisions rendues en matière de détention provisoire ou de contrôle judiciaire>>. Il faut en effet éviter une saisine inutile de la chambre d'accusation qui est déjà saisie par ailleurs, du fait de l'appel[78]. Troisièmement, la loi de janvier légèrement modifiée en août crée un filtre aux demandes en annulation. Selon l'alinéa 5 de l'article 173 C.p.p. <<dans les huit jours de la réception du dossier par le greffe de la chambre d'accusation, le président peut, par ordonnance non susceptible de recours, constater que la requête est irrecevable en application du présent article (formalisme méconnu, saisine de la chambre pour une ordonnance susceptible d'appel), des articles 174, premier alinéa[79] ou 175, deuxième alinéa (demande formée plus de 20 jours après envoi de l'avis annonçant la clôture de l'instruction); il peut également constater l'irrecevabilité de la requête si celle-ci n'est pas motivée>>. Ce n'est pas la première fois que le législateur songe à utiliser le président de la chambre d'accusation pour filtrer des demandes et bloquer celles qui sont irrecevables ou dilatoires[80]. Quatrièmement enfin, selon l'alinéa 1 de l'article 174 C.p.p. (Loi du 4 janvier 1993), lorsque la chambre d'accusation est saisie, <<tous moyens pris de nullité de la procédure qui lui est transmise doivent, sans préjudice du droit qui lui appartient de les relever d'office, lui être proposés. À défaut, les parties ne sont plus recevables à en faire état, sauf le cas où elles n'auraient pu les connaître>>. En somme, l'arrêt de la chambre d'accusation, une fois rendu, a pour effet automatique de régulariser tous les actes de la procédure antérieure à la requête, à l'exclusion évidemment de ceux qui sont déclarés nuls et de ceux qui sont irréguliers et que la partie concernée n'aurait pu connaître. Il en résulte qu'il existe deux limites dans le temps au droit d'agir en nullité: une limite lointaine qui est celle de la clôture de l'instruction à défaut de requête en annulation[81] et une limite proche qui est celle de la requête pour les actes qui lui sont antérieurs[82]. Ou si l'on préfère, l'article 174 permet une purge successive des nullités. Le législateur évite ainsi des manoeuvres dilatoires qui consisteraient pour les intéressés à procéder à des saisines répétées de la chambre d'accusation[83]. Ce système est excellent. Il appelle pourtant une interrogation. On peut se demander si cette interdiction d'agir après requête vaut pour toutes les nullités. Nous pensons qu'elle ne vaut pas pour celles qui sont d'ordre public, qui échappent en général au droit commun des nullités[84].

De tout cela il résulte que le législateur est finalement très prudent. Après avoir accordé une prérogative considérable à la personne mise en examen, il en définit soigneusement le champ d'application. La situation est la même pour les cas de nullité. Alors que la Loi du 4 janvier 1993 avait posé une longue liste de nullités textuelles, intégrant notamment la violation de dispositions relatives à la garde à vue, à l'article 171 C.p.p. et en excluant cet article du domaine de l'article 802 C.p.p., la loi du 24 août 1993 est revenue en arrière: d'une part des 14 nullités textuelles prévues à l'article 171 (rédaction du 4 janvier 1993), elle n'en a conservé que trois (sur les perquisitions, les vérifications d'identité et les écoutes téléphoniques opérées sur la ligne d'un avocat)[85]; d'autre part, elle a redonné à l'article 802 toute son ampleur ancienne.

2. L'existence d'un droit externe

À ces droits internes, il faut ajouter un *droit externe*, nouveau venu dans notre droit. Cette nouvelle prérogative intéresse la protection de la réputation de la personne. On sait que de longue date, et malgré le secret de l'instruction, le public est tenu au courant par la presse de la mise en cause de certaines personnes alors que celles-ci ne sont pas encore condamnées et ne le seront peut-être jamais. Il advient notamment que les journaux informent le public d'une poursuite et leur centre d'intérêt s'étant ensuite déplacé, passent sous silence le non-lieu intervenu quelques mois après[86].

Aussi les lois du 4 janvier et 24 août 1993 ont-elles prévu un nombre assez impressionnant de mesures. Il en est d'abord une, d'ordre sémantique, qui en vérité n'a guère d'intérêt, c'est le remplacement du mot <<inculpation>> par la périphrase <<mise en examen>>. Et surtout, les lois ont prévu un triple dispositif destiné à sauvegarder concrètement la présomption d'innocence, tout en maintenant la liberté de l'information. Premièrement, la personne peut agir en référé aux

fins d'insertion d'un communiqué dans la presse lorsqu'elle a été présentée publiquement comme coupable des faits poursuivis[87]. À vrai dire, la loi du 4 janvier 1993 avait ouvert très largement le droit d'agir en référé, mais la loi du 24 août 1993 a restreint cette faculté en ne l'accordant plus qu'aux personnes placées en garde à vue, mises en examen ou citées à comparaître. Il est en effet raisonnable de n'accorder ce droit qu'aux seules personnes juridiquement parties à la procédure. Deuxièmement, la loi de janvier a introduit un alinéa final à l'article 13 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, selon lequel le délai imparti à l'exercice du droit de réponse est rouvert pendant trois mois au profit de la personne bénéficiaire d'un non-lieu, d'une relaxe ou d'un acquittement[88]. Enfin, la loi du 4 janvier 1993 a créé deux articles: 177-1 et 212-1 obligeant le juge d'instruction ou la chambre d'accusation rendant un non-lieu à ordonner la publication de tout ou partie de cette décision, ou d'un communiqué dans la presse, sur la demande de la personne intéressée. Ces textes laissent aux magistrats instructeurs une grande liberté: ils désignent l'organe ou les organes de presse écrite ou audiovisuelle, chargés de cette publicité; ils choisissent les modalités de la publication en triant éventuellement les extraits de la décision à publier ou en fixant les termes du communiqué. Les frais résultant de la publication sont évidemment à la charge de l'État. On doit préciser que, dans la loi du 4 janvier 1993, les magistrats instructeurs agissant au titre des articles 177-1 et 212-1 étaient tenus d'agir dès lors que la personne intéressée le leur demandait. Le groupe de travail, puis le législateur subséquent ont considéré que c'était excessif. Aussi la loi du 24 août 1993 a-t-elle rendu toute liberté au juge et à la chambre qui peuvent ordonner s'il l'estiment opportun, telle mesure de celles décrites plus haut. On peut d'ailleurs aller plus loin et se demander si les articles 177-1 et 212-1 ne font pas double emploi avec l'article 65-2 de la loi de 1881 sur la presse. Tel avait d'ailleurs été l'avis du gouvernement qui, en juin 1993, avait défendu devant le Sénat un amendement abrogeant les nouveaux articles 177-1 et 212-1. Mais le Sénat a considéré qu'il faut défendre au maximum la présomption d'innocence et il s'est contenté de remplacer dans ces articles l'obligation d'agir par la faculté d'agir[89]. Et l'Assemblée nationale a suivi.

L'ensemble des mesures destinées à défendre l'individu et plus précisément à assurer les droits de la défense[90] est donc impressionnant. Or les lois de 1993 ont encore voulu protéger la personne d'une autre manière, en abaissant les possibilités d'attenter à sa liberté.

II. UN ABAISSEMENT DES ATTEINTES À LA LIBERTÉ

Pour être moins spectaculaires, les dispositions des deux lois relatives à la liberté retiendront tout de même l'attention. Ces dispositions sont de deux ordres: le domaine d'application de la garde à vue est restreint et la mise en détention provisoire peut faire l'objet d'une demande au président de la chambre d'accusation tendant à déclarer suspensif l'appel que la personne forme par ailleurs devant la chambre d'accusation, ce qui consacre cette sorte de <<référé-liberté>> dont on parlait depuis longtemps.

A. Restrictions du domaine de la garde à vue

Ces restrictions sont de deux ordres.

1. Restrictions directes

Il existe d'abord des restrictions *directes*. La première consiste dans une meilleure délimitation des personnes pouvant être placées en garde à vue. Dans le cadre de l'enquête flagrante, selon l'alinéa 1 de l'article 63 C.p.p. (Loi du 24 août 1993), deux séries de personnes peuvent être gardées à sa disposition par l'officier de police judiciaire: celles qui doivent ne pas s'éloigner du lieu de l'infraction jusqu'à clôture des opérations[91] et celles qui sont susceptibles de fournir des renseignements[92]. Toutefois les personnes contre lesquelles ne pèse aucun indice faisant présumer qu'elles ont commis l'infraction <<ne peuvent être retenues que le temps nécessaire à leur déposition>>[93], ce qui en fait exclut leur mise en garde à vue. Dans le cadre de l'enquête préliminaire, la détermination des personnes susceptibles d'être mises en garde à vue est encore plus étroitement conçue, selon l'alinéa 1 de l'article 77 C.p.p. (Lois des 4 janvier et 24 août

1993), seule peut être placée en garde à vue la personne <<à l'encontre de laquelle il existe des indices faisant présumer qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction>>. Donc un simple témoin ne peut pas être mis en garde à vue, alors qu'il pouvait l'être avant les lois de 1993, le texte visant alors de manière neutre une <<personne>>. Il y a là un progrès pour la liberté individuelle, et un progrès qui nous met en accord avec la Convention européenne dont l'article 5-1 (c) subordonne la garde à vue à l'existence d'un soupçon d'infraction ou d'un risque de fuite[94]. D'un autre côté, il est vrai, la loi du 4 janvier 1993 a permis au procureur de la République de contraindre par la force publique la personne qui ne voudrait pas déférer à la convocation de l'officier de police judiciaire, alors qu'auparavant cette personne restait libre de déférer ou non. Mais il est difficile d'y voir un renforcement de l'atteinte à la liberté: en effet le nouvel article 78 C.p.p. en prévoyant cette possibilité a eu pour seul objet d'éviter l'ouverture d'une information (qui elle de toutes façons est coercitive).

La seconde restriction directe intéresse les mineurs. Naguère ceux-ci étaient soumis au droit commun établi par le *Code de procédure pénale*. Or, les législateurs de 1993 ont entendu établir des règles particulières, et d'autant plus dérogoires au droit commun que le mineur est jeune. Deux situations doivent être distinguées.

S'agissant des mineurs de moins de 13 ans, la loi de janvier avait sans concessions interdit totalement leur garde à vue[95]. Cependant la question n'était pas réglée, du moins dans l'immédiat car le groupe de travail devait souligner l'existence de <<difficultés liées à la disparition de la garde à vue des mineurs de treize ans>> et souhaiter l'instauration de certaines garanties comme l'impossibilité de dépasser 24 heures et l'accord nécessaire du parquet[96]. C'était la reprise de la proposition de loi. Le texte finalement voté prévoyait le rétablissement de la garde à vue des mineurs de moins de 13 ans, mais seulement pour crimes et délits punis d'une peine au moins égale à 5 ans d'emprisonnement, et avec l'accord préalable du procureur. Mais le Conseil constitutionnel annula cette disposition sur le fondement de l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme en vertu duquel pour une arrestation, <<toute rigueur qui ne serait pas nécessaire [...] doit être sévèrement réprimée par la loi>>[97]. En conclusion, la loi du 4 janvier 1993 qui excluait toute garde à vue est maintenue.

Quant aux mineurs de 13 à 16 ans, la garde à vue est non susceptible de prolongation lorsque la peine encourue est inférieure à 5 ans d'emprisonnement[98].

2. Restrictions indirectes

Les restrictions à la garde à vue sont parfois aussi *indirectes* en ce sens que la loi a prévu que certaines conditions de forme doivent entourer la garde à vue et en quelque sorte peuvent conduire les autorités à ne pas user de cette institution. Ces conditions sont plus strictes encore pour les mineurs que pour les majeurs.

Les mineurs font l'objet de trois règles très rigides. D'abord, dès leur placement en garde à vue, l'officier de police judiciaire doit informer les parents, le tuteur, la personne ou le service auquel est confié l'intéressé; cette obligation ne peut être éludée que par décision du parquet ou du juge chargé de l'information, et encore au plus pour une durée de 24 heures, voire de 12 quant la garde à vue ne peut pas être prolongée[99]. Ensuite, dès le début de la garde à vue d'un mineur de moins de 16 ans, le procureur ou le juge doit désigner un médecin qui examine le mineur[100]. Enfin toute prolongation de garde à vue implique la présentation préalable du mineur au procureur ou au juge[101].

On retrouve ces trois règles pour les majeurs, mais avec d'évidents assouplissements. Texte chapeau, l'article 63-1 du *Code de procédure pénale* décide que toute personne gardée à vue est immédiatement informée par un officier de police judiciaire ou sous le contrôle de celui-ci par un agent de police judiciaire des droits mentionnés aux articles 63-2, 63-3 et 63-4 ainsi que des dispositions relatives à la durée de la garde à vue. Selon l'article 63-2, la personne gardée à vue peut à sa demande faire prévenir, par téléphone, <<une personne avec laquelle elle vit

habituellement ou l'un de ses parents en ligne directe, l'un de ses frères et soeurs ou son employeur>>[102]. Cependant, le législateur, sensible aux nécessités de l'enquête, a ajouté à l'article 63-2 un second alinéa selon lequel l'officier de police judiciaire qui estime ne pas devoir faire droit à la demande de la personne, en réfère sans délai au procureur qui prend la décision. En principe, il est bon de donner compétence au parquet, mais en pratique son rôle sera illusoire[103]. Il faut encore ajouter que même si c'est la loi du 4 janvier 1993 qui a créé ce droit pour la personne de faire avertir des tiers de sa situation, déjà en pratique les policiers et gendarmes le faisaient auparavant. Le second texte, celui de l'article 63-3, est relatif à l'examen médical de la personne[104]. Cet examen, déjà prévu avant 1993, fait l'objet aujourd'hui de dispositions plus strictes: toute personne peut, dès qu'elle est placée en garde à vue, demander à être examinée par un médecin désigné par le parquet ou l'officier de police judiciaire, et, en cas de prolongation, elle peut solliciter un second examen; le même droit appartient à tout moment au parquet et à l'officier de police judiciaire; enfin en l'absence de demande de l'intéressé, du parquet ou du policier, un membre de la famille peut solliciter cet examen[105]. Enfin, en cas de prolongation de la garde à vue, le procureur peut prendre sa décision sans présentation de la personne: en effet en cas de flagrance, le procureur < peut subordonner cette autorisation à la présentation préalable de la personne gardée à vue>>[106] et en cas d'enquête préliminaire, <<la prolongation ne peut être accordée qu'après présentation préalable de la personne à ce magistrat: toutefois, elle peut, à titre exceptionnel, être accordée par décision écrite et motivée sans présentation préalable de la personne>>[107]. Toujours possible, la prolongation sans présentation au parquet est donc mieux tolérée par le législateur dans l'enquête de flagrance, caractérisée par son urgence, que dans l'enquête préliminaire[108].

Indiquons enfin que la violation de toutes ces dispositions ne constitue plus, depuis la loi du 24 août 1993, une nullité textuelle.

B. Création d'un <<référé-liberté>> en cas de détention provisoire

La détention provisoire est sans nul doute la question la plus controversée de la procédure pénale, le maillon faible, qui a donné lieu à plus de 10 lois, souvent éphémères depuis la grande réforme du 17 juillet 1970. L'idée permanente du législateur, sinon son obsession, est de réduire l'application de la détention provisoire, pour des raisons trop connues pour être rappelées ici[109]. Nos deux lois ont apporté elles aussi leur pierre à cette construction jamais achevée.

La loi du 4 janvier 1993 avait été maladroite en prévoyant qu'à compter du 1^{er} janvier 1994, la mise en détention serait décidée par une chambre composée d'un juge (autre que le juge d'instruction) et deux échevins. Ce système compliqué à tous égards a été immédiatement critiqué[110]. L'histoire, d'ailleurs, lui avait déjà rendu justice en supprimant en 1856 la chambre du conseil -- et encore elle ne comportait que des juges professionnels dont le juge d'instruction -- pour restituer au juge d'instruction le pouvoir de détenir[111].

La loi du 24 août suivant supprima donc cette originalité dont le trait dominant est qu'elle n'aura jamais été appliquée[112]. En outre, la réforme d'août apporte deux nouveautés d'inégale importance. D'abord, le juge d'instruction qui ne suit pas les réquisitions du parquet tendant au placement en détention de la personne mise en examen n'a plus à rendre d'ordonnance motivée et il en va de même en cas de prolongation de détention réclamée par le parquet[113]. En conséquence, l'article 82 C.p.p. qui décide que le magistrat instructeur ne suivant pas les réquisitions du parquet doit rendre une ordonnance motivée se trouve alourdi d'une incidente ainsi rédigée <<sauf dans les cas prévus par le second alinéa de l'article 137>>. La raison d'être de cette réforme est claire: <<la liberté étant la règle et la détention l'exception, autant la décision de priver une personne de sa liberté paraît devoir être motivée, autant celle la laissant en liberté n'a pas à l'être>>[114]. On peut aussi dire que le législateur, en supprimant la motivation, a voulu inciter le juge à ne pas incarcérer, un peu comme en n'obligeant pas le juge à motiver la mise sous contrôle judiciaire, il avait en 1970 voulu justifier cette mesure par rapport à la mise en

détention. La seconde nouveauté, la plus importante est le <<référé-liberté>>.

1. Mécanisme nouveau

Le *mécanisme* nouveau est celui-ci, décrit par l'article 187-1 du *Code de procédure pénale*. Le principe directeur est qu'en faisant appel d'une ordonnance prescrivant sa mise en détention, la personne peut joindre à cet appel une demande adressée au président de la chambre d'accusation tendant à obtenir de ce magistrat la suspension de l'exécution de l'ordonnance, et ce dans l'attente de l'arrêt que rendra plus tard la chambre d'accusation statuant sur l'appel[115]. La personne mise en examen fait donc deux demandes, une au président de la chambre et l'autre à la chambre elle-même. Mais évidemment, la personne pourrait se contenter de faire appel.

Cela dit, le déroulement technique est le suivant:

--La demande de suspension doit, sous peine d'irrecevabilité, être formée en même temps que l'appel et ce dernier doit être interjeté au plus tard le jour suivant la décision de placement en détention. Un appel interjeté au-delà ne pourrait donc pas être accompagné de la demande d'effet suspensif. Cette exigence de rapidité est telle que l'article 187-1 *in fine* prévoit que la déclaration d'appel et la demande d'effet suspensif peuvent être constatées dès l'issue du débat contradictoire et il ajoute que le dossier peut être transmis au président par télécopie.

--À l'appui de la demande, la personne mise en examen et le procureur de la République peuvent joindre toutes observations écrites.

-- Le président de la chambre d'accusation statue au plus tard le troisième jour ouvrable suivant la demande et ce par une ordonnance non motivée et non susceptible de recours[116]. Il se prononce au vu des seuls éléments du dossier, rappelle l'alinéa 2 de l'article 187-1 C.p.p., ce qui doit être compris comme signifiant l'exclusion de toute plaidoirie ou même de simples observations orales[117]. De deux choses l'une. Ou bien le président accueille la demande, estimant qu'il n'est pas nécessaire de laisser la personne en détention, il ordonne alors la suspension des effets du mandat de dépôt jusqu'à la décision de la chambre d'accusation en sorte que la personne recouvre sa liberté, ou bien, ce magistrat considère que le maintien en détention s'impose, il rend alors une décision qui est notifiée à l'intéressé par le greffe de l'établissement pénitentiaire[118]; et ce dernier peut, le cas échéant, recevoir le désistement d'appel de l'intéressé. Le législateur a donc adopté la politique du tout ou rien et notamment le président ne saurait prescrire la mise sous contrôle judiciaire, le texte ne l'ayant pas prévu.

On le voit, le système ne peut fonctionner que si une grande célérité est mise en oeuvre. Le voeu du législateur est même que dans certains cas, la demande puisse être examinée le jour même où elle a été formée, ce qui permettra d'éviter de mettre à exécution le mandat de dépôt. Enfin ce système a pour effet de mettre en place une permanence au sein des cours d'appel et, à cette fin, le premier président de chaque cour d'appel peut, en application de l'alinéa 3 de l'article 191 du *Code de procédure pénale* désigner à l'avance la liste des conseillers qui devront, en cas d'absence du président de la chambre d'accusation, statuer sur ces demandes.

2. Appréciation

Quelle *appréciation* peut-on porter sur cette réforme? Malgré sa lourdeur, le système imaginé par le législateur du 24 août 1993 mérite l'approbation. Il peut permettre de corriger très vite l'erreur manifeste d'un juge d'instruction et il peut aussi conduire ce dernier à ne pas prendre trop rapidement une décision d'incarcération.

De façon plus technique, on fera deux remarques. La première concerne l'ordonnance du président dont on a dit qu'elle n'est pas motivée. Des voix se sont fait entendre pour le regretter

et pourtant le législateur a bien fait d'agir ainsi, à la fois dans un souci de simplification et aussi parce qu'aucun recours n'est ouvert à la personne[119]. Sa seconde remarque intéressa la détermination du magistrat appelé à statuer sur la demande. Le Sénat avait choisi le président du tribunal de grande instance et l'Assemblée nationale ainsi que le législateur ont préféré le président de la chambre d'accusation. À vrai dire aucune des deux solutions n'est parfaite. À l'encontre de la thèse sénatoriale, il est aisé d'invoquer le fait que ce ne sera pas le président du tribunal, mais un juge délégué par lui qui statuera, juge qui n'a évidemment aucune supériorité sur le juge d'instruction. À l'encontre de la thèse du législateur, on peut faire remarquer que le président se trouvera dans un certain embarras si quelques jours après sa décision, il se trouve infirmé par ses assesseurs. À tout prendre cependant, la solution retenue par la loi est la moins mauvaise, d'abord car on peut penser que les infirmations seront rares, ensuite car on assure le principe du double degré de juridiction, étant observé qu'il est plus logique pour le juge d'instruction d'être infirmé par un supérieur que par un égal[120].

CONCLUSION

Au terme de cette étude, la question essentielle posée par ces deux lois peut-elle être résolue? Le législateur de l'été 1993 a-t-il, comme l'épouse d'Ulysse, défait complètement la tapisserie tissée par son prédécesseur de l'hiver précédent ou s'est-il plus modestement contenté d'apporter des touches pour en améliorer l'allure générale? La vérité est sans doute à mi-chemin. Parfois le législateur du 24 août s'est contenté d'aménager le dispositif établi le 4 janvier et c'est le cas pour la garde à vue. D'autres fois en revanche, la métamorphose est infiniment plus profonde, spécialement en ce qui concerne la détention provisoire et les droits de la défense au cours de l'instruction. De façon générale, nous pensons que l'intérêt public a largement gagné à ce qu'une loi d'hiver ait été suivie d'une loi d'été.

La Revue juridique Thémis / volume 29 - numéro 1

[1]¹Cette étude constitue la version originelle d'une conférence prononcée par l'auteur le 13 septembre 1993 à la Faculté de droit de l'Université de Montréal. Une version écrite et remaniée a déjà fait l'objet d'une publication: <<Les droits de la personne suspecte ou poursuivie depuis la loi no 93-1013 du 24 août 1993 modifiant celle du 4 janvier précédent. Un législateur se muant en Pénélope ou se faisant perfectionniste?>>, *D.* 1993. chron. 299.

[2]²Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Poitiers et professeur invité à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

[3]³Environ 3% par an selon les statistiques officielles du ministère de l'Intérieur.

[4]⁴Rapports de la Commission Justice pénale et droits de l'homme (Rapport préliminaire et rapport définitif): COMMISSION JUSTICE PÉNALE ET DROITS DE L'HOMME, *La mise en état des affaires pénales: rapports. Commission Justice pénale et droits de l'homme*, Paris, La Documentation française, 1991.

[5]⁵Qui cependant existait déjà dans la pratique.

[6]⁶Exposé des motifs du projet de loi du 26 février 1992 (appelé à devenir la loi du 4 janvier 1993), p. 3.

[7]⁷Circ. du 24 août 1993 relative à la loi du même jour modifiant celle du 4 janvier 1990, *J.O.* 25 août 1993, p. 12 000 et 12 001 (ci-après citée: <<Circ. du 24 août 1993>>); voir Rapport Ginault devant la Commission sénatoriale des lois, no 409, 7 juillet 1993, p. 56 et suiv.

[8]⁸Voir par exemple Jean PRADEL, <<Observations brèves sur une loi à refaire>>, *D.* 1993. chron. 39.

[9]⁹Proposition de loi tendant à modifier la loi no 93-2 du 4 janvier 1993 (*J.O.* 5 janv., p. 215; *D.* et *ALD* 1993. 134) portant réforme de la procédure pénale en vue de faciliter la conduite des enquêtes judiciaires et de l'instruction ainsi que le déroulement des audiences pénales, 3 février 1993, p. 2 (ci-après citée: <<Proposition Larché>>).

[10]¹⁰Qui n'est raisonnable que dans les pays connaissant l'aveu négocié (*plea bargaining*) comme les pays anglo-saxons où les affaires passant à l'audience sont très peu nombreuses.

[11]¹¹L'expression de <<personne mise en examen>> imaginée par la loi du 4 janvier 1993 pour se substituer au mot <<inculpé>> est conservée par la loi du 24 août 1993 dont l'article 46 rappelle que <<toute mention relative à l'inculpation est remplacée par la mention relative à la mise en examen et toute mention relative à la personne mise en examen>>. Les mots <<inculpé>> et <<inculpation>> avaient paru au législateur avoir une connotation péjorative, faisant fi de la présomption d'innocence. À l'étranger pourtant, on parle toujours d'<<inculpé>>, d'<<inculpado>> ou de <<charged>>.

[12]¹²Mais pas selon la procédure d'urgence cette fois.

[13]¹³Rapport J.-M. Girault, sénateur, Doc. Sénat, no 318, 26 mai 1993; *adde* du même rapport no 409, 7 juillet 1993.

[14]¹⁴Rapport J. Tiberi, député, Doc. *Assemblée nationale*, no 375, 23 juin 1993.

[15]¹⁵*J.O.* 15 août 1993. La réserve d'interprétation ou conformité sous réserve est une notion intermédiaire entre la déclaration d'inconstitutionnalité et celle de conformité à la Constitution. La disposition est donc validée, mais elle est interprétée par le Conseil constitutionnel de façon telle qu'elle puisse être considérée comme conforme à la Constitution. En somme, le Conseil complète ou réécrit la loi. L'intérêt de cette technique est qu'elle s'impose <<aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles>> (art. 62 Constitution de la Ve République). Sur cette technique, voir Louis FAVOREU et Loïc PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 7e éd. Paris, Éditions Sirey, 1993.

[16]¹⁶Il est vrai qu'un bon nombre de dispositions de la loi du 4 janvier 1993 ont été conservées en l'état.

[17]¹⁷Voir par exemple art. 56(c) C.p.p. pour les perquisitions.

[18<<] ¹⁸Le Barreau face aux problèmes actuels de la justice pénale>>, *Travaux du 41e Congrès de l'Association nationale des avocats*, Toulouse, mai 1969, p. 16 et suiv.

[19]¹⁹Rarissimes, les sévices existent cependant comme l'a rappelé la récente condamnation de la France par la Cour européenne de Strasbourg dans l'affaire *Tomasi* le 27 août 1992.

[20]²⁰En Angleterre, le policier peut exclure l'avocat pendant les 36 premières heures (*Police and criminal evidence Act*, 1984). En Italie, le policier peut demander au juge de l'enquête de décider l'exclusion de l'avocat. *Adde* au Canada, les résistances au sein de la Cour suprême à une présence totale de l'avocat: Jean PRADEL, <<Quelques remarques sur la présence de l'avocat au cours de l'enquête policière. À propos d'un arrêt récent de la Cour Suprême du Canada (26 septembre 1991)>>, (1992) *Rev. int. dr. pén.* 441.

[21]²¹Ce qui est le cas en Allemagne et en Espagne.

[22]²²Rapport J.-M. Girault, précité, note 11, pp. 18 et 19.

[23]²³Rapport J. Tiberi, précité, note 12, p. 59.

[24]²⁴*Id.*

[25]²⁵Art. 4, Ord. 2 février 1945, modifié par la Loi du 24 août 1993.

[26]²⁶On en indiquera d'autres plus bas.

[27]²⁷Circ. du 24 août 1993, précitée, note 5, p. 12 002, 1ère colonne.

[28]²⁸Cons. const. fr., décision no 93 326 D.C. du 11 août 1993, *J.O.* 15 août 1993, p. 11600, 1e colonne.

[29]²⁹Le Sénat en première lecture avait voté un texte permettant d'éviter la présence de l'avocat <<si les nécessités de l'enquête l'exigent>>, cette décision étant prise par l'officier de police judiciaire qui en réfère sans délai au procureur de la République, lequel prend la décision finale. Une telle disposition a paru trop dangereuse à la Commission des lois de l'Assemblée nationale et à l'Assemblée elle-même qui l'ont supprimée.

[30]³⁰Cons. const. fr., décision no 93-326 D.C., précitée, note 25. Les avocats avaient d'ailleurs vigoureusement protesté contre leur exclusion pour les affaires de trafic de drogue et de terrorisme; voir le communiqué de la Conférence des bâtonniers en date du 10 juillet 1993, *Le Monde*, 25 et 26 juillet 1993.

[31]³¹Art. 63-4, al. 3 et 4 du *Code de procédure pénale*. Ce délai de 30 minutes est inclut dans celui de la garde à vue note la circulaire d'application du 27 janvier 1993 (C.63-4-4) prise suite à la loi du 4 janvier 1993.

[32]³²Principales recommandations du groupe de travail, document définitif, mai 1993, ronéo, p. 3.

[33]³³Art. 63-1 du *Code de procédure pénale*.

[34]³⁴Art. 63-4, al. 2 du *Code de procédure pénale*. Le groupe de travail avait prévu que l'intéressé ne choisirait pas son avocat, qui serait désigné par le bâtonnier car <<seraient ainsi évitées, à ce stade de la procédure, des inégalités trop flagrantes selon la situation des personnes gardées à vue, de même que le risque de voir intervenir dans des affaires sensibles des avocats spécialisés tentés de nouer avec les enquêteurs un débat contradictoire qui n'a pas lieu d'être à ce stade de la procédure>>: Principales recommandations du groupe de travail, précitées, note 30, p. 2. C'était une sage précaution que l'on regrettera peut-être un jour de n'avoir pas prise.

[35]³⁵Circ. du 24 août 1993, précitée, note 5, p. 12 002.

[36]³⁶Selon la circulaire d'application du 27 janvier 1993, précitée, note 29, <<lorsque, par écrit, l'avocat argue d'irrégularités graves, l'officier de police judiciaire en réfère sans délai au procureur de la République>>.

[37]³⁷*J.O.*, 13 juillet 1991, art. 10.

[38]³⁸Louis FAVOREU, *Le Figaro*, 13 août 1993.

[39]³⁹Cons. const. fr., décision no 93-326 D.C., précitée, note 25, p. 11 600, 1ère colonne.

[40]⁴⁰Rapport J. Tibéri, précité, note 12, pp. 55 et 56.

[41]⁴¹Art. 118 ancien *Code de procédure pénale*, la règle est la même pour la partie civile.

[42]⁴²Art. 104 du *Code de procédure pénale*.

[43]⁴³*Id.*, art. 105.

[44]⁴⁴On rappellera que la loi du 4 janvier 1993 avait retiré au juge d'instruction le pouvoir de mettre en examen pour l'attribuer au procureur de la République (*id.*, art. 80-1, al. 3). Heureusement la loi du 24 août 1993 a restitué au magistrat instructeur ce pouvoir traditionnel puisque selon le nouvel art. 80-1, al. 1, <<le juge d'instruction a le pouvoir de mettre en examen toute personne à l'encontre de laquelle il existe des indices>>.

[45]⁴⁵Ce qui avant 1993 était la seule façon de procéder pour le juge.

[46]⁴⁶Art. 114, al. 3 du *Code de procédure pénale*.

[47]⁴⁷Sauf si évidemment le juge a entre-temps effectué l'interrogatoire de première comparution.

[48]⁴⁸Rapport J.-M. Girault, précité, note 11, p. 25.

[49]⁴⁹Proposition Larché, précitée, note 7, p. 11.

[50]⁵⁰Par exemple aux articles 571 sur le pourvoi en cassation immédiatement recevable et 664 sur le renvoi.

[51]⁵¹Rapport J. Tiberi, précité, note 12, p. 75.

[52]⁵²Cons. const. fr., décision no 93-326 D.C., précitée, note 26, p. 11 600, 2e colonne.

[53]⁵³Art. 171 du *Code de procédure pénale*.

[54]⁵⁴Circ. du 24 août 1993, précitée, note 5, p. 12 0004, 2e colonne.

[55]⁵⁵Crim. 9 février 1982, D. 1982. 544 et la note, *Rev. sc. crim.* 1983, 281, obs. J. Robert. Notons cependant qu'aujourd'hui, quand le juge décide de communiquer le dossier à l'avocat, il doit lui remettre un dossier complet, comme jadis.

[56]⁵⁶Cette personne est couramment appelée <<témoin assisté>>, étant juridiquement un témoin mais étant assistée d'un avocat.

[57]⁵⁷Rapport J. Tiberi, précité, note 12, pp. 72 et 73.

[58]⁵⁸Ancien art. 105 du *Code de procédure pénale*.

[59]⁵⁹Il faut convenir que, selon son ancienne rédaction, l'article 105 n'était pas d'un grand secours pour les personnes poursuivies, les annulations étant rarissimes, Jean PRADEL, *Procédure pénale*, 7e éd., 1993, no 433, pp. 476 et 477.

[60]⁶⁰Art. 105, al. 3 du *Code de procédure pénale*.

[61]⁶¹*Id.*, art. 80-1, al. 2.

[62]⁶²Dont le régime venait d'être réglementé avec un grand luxe de détails par une loi du 10 juillet 1991.

[63]⁶³Art. 80-3, al. 1 du *Code de procédure pénale*.

[64]⁶⁴Cette diligence ouvre un délai de 20 jours aux parties pour leur permettre de soulever une nullité ou une demande d'investigation, délai passé lequel elles sont forcloses et le juge peut alors communiquer la procédure au parquet aux fins de règlement.

[65]⁶⁵On rapprochera ce droit de celui de ne pas participer aux investigations. De tout temps à l'instruction, la personne poursuivie a eu le droit de ne pas s'exprimer (voir l'ancien art. 114 du *Code de procédure pénale*) et elle l'a encore. Mieux, à l'enquête, l'ancien article 62, alinéa 2 C.p.p. décidait que les personnes convoquées par le policier <<sont tenues de comparaître et de déposer>>. Or la loi du 4 janvier 1993 a supprimé cette dernière obligation et fait ainsi apparaître un droit au silence, un droit de ne pas s'auto-incriminer dit-on en common law, ce droit qui est reconnu, sinon par la Convention européenne, du moins par le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* en son article 14-2 g.

[66]⁶⁶Pour contourner cette interdiction de faire appel, on a vu des personnes faire appel d'une ordonnance elle-même susceptible d'appel et solliciter devant la chambre d'accusation en outre l'examen d'une question autre, non susceptible d'appel, comme par exemple, un refus par le juge d'ordonner une mesure d'instruction réclamée par la personne poursuivie. Or la jurisprudence se refuse à étendre son examen à une telle question, Crim. 6 janvier 1961, D. 1961. 581, note M.R.M.P.; 7 février 1990, *Bull. crim.* no 67.

[67]⁶⁷Art. 81, al. 10 du *Code de procédure pénale*.

[68]⁶⁸*Id.*, art. 156, al. 2 *in fine*.

[69]⁶⁹Article 24 de la Loi du 24 août 1993 retouchant l'article 175 du *Code de procédure pénale*, voir *supra*, note 62.

[70]⁷⁰Cette disposition ne concerne plus, avec la loi du 24 août 1993 qui retire au parquet le droit de mettre en examen, que les personnes mises en examen par voie de lettre recommandée envoyée par le juge d'instruction. Après hésitations, (voir Rapport J. Tibéri, précité, note 12, p. 78), le législateur d'août 1993, décide de laisser subsister l'article 116-1.

[71]⁷¹Circ. du 24 août 1993, précitée, note 5, p. 12004, 1ère colonne.

[72]⁷²La circulaire rappelle aussi qu'en cas de suspension, le juge d'instruction reste compétent pour procéder à des actes urgents, bien que la loi n'en dise rien, *id.*

[73]⁷³Sur le rejet de la personne poursuivie, voir Crim. 6 janvier 1961, *D.* 1961. 581, note M.R.M.P.; 21 octobre 1982, *Bull. Crim.* no 231; 4 décembre 1985, *D.* 1986. IR. 304 et obs.

[74]⁷⁴Art. 116, al. 4 du *Code de procédure pénale*.

[75]⁷⁵*Id.*, art. 175, al. 2.

[76]⁷⁶Sauf évidemment si le tribunal est saisi autrement que par le juge d'instruction, d'où une réécriture de l'article 385 C.p.p. dont le texte est aujourd'hui le suivant: <<lorsque la procédure dont il est saisi n'est pas renvoyée devant lui par la juridiction d'instruction, le tribunal statue sur les exceptions tirées de la nullité de la procédure antérieure>> (art. 25 de la Loi du 24 août 1993).

[77]⁷⁷Art. 173, al. 3 du *Code de procédure pénale*.

[78]⁷⁸Disposition opportune inspirée par une affaire, survenue en mars et avril 1993, dans laquelle les avocats avaient fait appel d'une ordonnance de mise en détention provisoire d'une personne mise en examen pour trafic de drogue et avaient en même temps réclamé l'annulation de cette ordonnance ainsi que du mandat de dépôt, ce qui avait contraint la chambre d'accusation à rendre trois arrêts contre lesquels furent formés... trois pouvoirs en cassation: voir Rapport J. Tiberi, précité, note 12, p. 95.

[79]⁷⁹Voir *infra*.

[80]⁸⁰Voir l'article 186-1 du *Code de procédure pénale* sur l'appel contre certaines ordonnances.

[81]⁸¹*Id.*, art. 175, al. 2.

[82]⁸²*Id.*, art. 174, al. 1.

[83]⁸³Toutefois des personnes devenues parties à la procédure après requête en annulation pourraient agir en nullité. Voir la circ. du 27 janvier 1993, C. 174 (1).

[84]⁸⁴Par exemple l'article 802 C.p.p. qui subordonne l'annulation à la preuve d'un préjudice ne s'applique pas, selon la jurisprudence, aux nullités d'ordre public Crim. 20 octobre 1986, *Bull. crim.* no 295.

[85]⁸⁵Selon l'article 171 dans sa rédaction selon la loi du 4 janvier 1993, figurait parmi les nullités textuelles la violation de l'article 63-1 sur l'information de la personne gardée à vue de ses droits. Or un jugement du Tribunal correctionnel de Paris du 12 mars 1993 avait dû remettre en liberté un étranger qui s'était soustrait à un arrêté d'expulsion au motif que ses droits ne lui avaient été notifiés que 13 heures après son interpellation. Avec la loi du 24 août 1993, l'article 63-1 ne figure plus parmi les nullités textuelles: voir Rapport J. Tiberi, précité, note 12, p. 91.

[86]⁸⁶Voir la journée d'études organisée par l'Institut de sciences criminelles de Poitiers, Justice pénale -- police et presse, *Travaux de l'Institut de sciences criminelles*, vol. 7, Paris, Éditions Cujas, 1988.

[87]⁸⁷Art. 9-1 C.c.Fr. Communiqué fait <<aux fins de faire cesser l'atteinte à la présomption d'innocence>>.

[88]⁸⁸L'article 13 de la loi de 1881 est relatif au droit de réponse et au refus d'insertion.

[89]⁸⁹Rapport J. Tiberi, précité, note 12, p. 110.

[90]⁹⁰Au sens large puisque les dernières dispositions examinées débordent le cadre du procès.

[91]⁹¹Art. 61 du *Code de procédure pénale*.

[92]⁹²*Id.*, art. 62, al. 1.

[93]⁹³*Id.*, art. 63, al. 2.

[94]⁹⁴C.E.D.H., affaire *Fox, Campbell et Hartley*, 30 août 1990, condamnation du Royaume-Uni pour des arrestations et des détentions menées sans soupçons plausibles. Il faut admettre cependant que l'interdiction de garder à vue un témoin apportera une gêne dans certaines affaires complexes comme les affaires financières.

[95]⁹⁵Art. 4, Ord. du 2 février 1945.

[96]⁹⁶Rapport J.-M. Girault, précité, note 11, p. 40.

[97]⁹⁷Cons. const. fr., décision no 93-326 D.C., précité, note 26, p. 11601. Une lecture attentive de cette décision montre cependant que le Conseil n'est pas formellement hostile à une telle garde à vue, du moins << dans des cas exceptionnels et s'agissant d'infractions graves >>. Mais il exige des <<garanties particulières >> qui ne sont pas réunies en l'espèce.

[98]⁹⁸Art. 4, Ord. du 2 février 1945, modifié par la Loi du 24 août 1993.

[99]⁹⁹*Id.*, art. 4-II.

[100]¹⁰⁰Art. 4-III, Ord. du 2 février 1945.

[101]¹⁰¹*Id.*, art. 4-V.

[102]¹⁰²Cette formule due à la loi du 24 août 1993 remplace celle d'<<un membre de sa famille >> admise par celle du 4 janvier 1993, qui était trop large, le concept de famille n'étant pas clairement défini. D'un autre côté, la seconde loi a ajouté l'employeur, susceptible de s'inquiéter d'une absence imprévue.

[103]¹⁰³C'est pourquoi le groupe de travail avait suggéré que l'officier de police judiciaire prenne lui-même la décision.

[104]¹⁰⁴Utile surtout à l'égard des drogués.

[105]¹⁰⁵La différence avec les mineurs est qu'ici l'examen n'est obligatoire que s'il est réclamé.

[106]¹⁰⁶Art. 63, al. 3 du *Code de procédure pénale*.

[107]¹⁰⁷*Id.*, art. 77, al. 2.

[108]¹⁰⁸La différence avec les mineurs est qu'ici la présentation peut être évitée.

[109]¹⁰⁹Jean PRADEL, *L'instruction préparatoire*, Paris, Éditions Cujas, 1990, no 566 et suiv.

[110]¹¹⁰Outre qu'il réduisait trop les pouvoirs du juge d'instruction, l'homme le mieux placé pour connaître le dossier.

[111]¹¹¹F. GOLLÉTY, <<Rapport au colloque du XXe anniversaire des juridictions d'instruction>>, (1957) *Rev. sc. crim.* 85.

[112]¹¹²En conséquence, le juge d'instruction redevient compétent pour statuer en matière de détention provisoire.

[113]¹¹³Art. 137, al. 2 du *Code de procédure pénale*.

[114]¹¹⁴Rapport J. Tiberi, précité, note 12, p. 83. On notera la grande cohérence des deux alinéas de l'article 137, le premier posant le principe que la détention est exceptionnelle et le second en tirant la conséquence technique de l'inutilité d'une motivation.

[115]¹¹⁵Il faut rappeler en effet que l'appel contre une ordonnance prescrivant la détention n'est pas suspensif.

[116]¹¹⁶La Circulaire du 24 août 1993 (précitée, note 5, p. 12005, 1ère colonne) rappelle que ce délai court à compter non de la date d'établissement de la déclaration d'appel au lieu de détention, mais à compter du lendemain du jour où cette déclaration a été transcrite sur le registre public prévu par l'article 502 C.p.p.; voir aussi Crim. 28 novembre 1989, *Bull. crim.*, no 443, p. 1079.

[117]¹¹⁷Et même le parquet général n'a pas à faire connaître ses observations, qui ne devront intervenir qu'à l'occasion de l'examen de l'appel par la chambre d'accusation: Circ. du 24 août 1993, précitée, note 5, p. 12005, 2e colonne.

[118]¹¹⁸La personne restera donc détenue jusqu'à l'arrêt de la chambre d'accusation.

[119]¹¹⁹Rapport J. Tibéri, précité, note 12, p. 87.

[120]¹²⁰*Id.*, p. 86.