

Ecole doctorale n° 74 – Université de Lille 2

Mémoire de DEA soutenu par  
Melique David,

Sous la direction de  
V. Mutelet

## **La détention provisoire**

# **PLAN DU DEVOIR**

## **PARTIE I LE RESSEREMENT DU RECOURS A LA DETENTION PROVISOIRE**

### **SECTION 1 SOURCES LEGALES, CONVENTIONNELLES ET CONSTITUTIONNELLES**

### **SECTION 2 LES CONDITIONS DE LA DETENTION**

## **PARTIE II L'EXTENSION DES GARANTIES OFFERTES**

### **SECTION 1 L'INFLUENCE DU DROIT EUROPEEN SUR LA DETENTION PROVISOIRE**

### **SECTION 2 LES GARANTIES PROCEDURALES FRANCAISES**

**« Toute société qui prétend assurer aux hommes la liberté doit commencer par leur garantir l'existence. »**

**LEON BLUM**

## **INTRODUCTION**

L'individu ne peut être protégé dans sa personne physique et dans sa liberté que si la communauté au sein de laquelle il vit est consciente que la sûreté est fondamentale et en affirme l'exigence.

On comprend généralement les mots *liberté* et *sûreté* comme formant un tout et visant la liberté et la sécurité physique ainsi que les garanties contre l'arbitraire en matière d'arrestation et de détention.

La liberté individuelle fait partie des rares libertés à figurer directement dans le corps même de la Constitution de 1958 puisque son article 66 énonce que « nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi. »

Le 1<sup>er</sup> alinéa de l'article 66 de la Constitution, en posant l'interdiction des arrestations et détentions arbitraires, n'est pas sans rappeler l'habeas corpus<sup>1</sup> anglais. C'est pourquoi une partie de la doctrine invoque l'idée selon laquelle l'article 66, en se référant à la liberté individuelle, vise en réalité simplement la sûreté.

Ces dispositions occupent une place essentielle dans le droit positif français. En effet l'article 66 donne un bel exemple des dispositions constitutionnelles appliquées directement par les juridictions ordinaires, dans l'interprétation donnée par le Conseil Constitutionnel. Ce dernier n'a pas jusqu'à présent donné une

---

<sup>1</sup> Institution anglo-saxonne qui, depuis 1679, garantit la liberté individuelle et protège contre les arrestations arbitraires. (Petit Larousse).

définition générale de la notion de liberté individuelle. Mais c'est dans un sens très extensif qu'il a par sa jurisprudence progressivement délimité les contours de la notion. C'est pourquoi, le concept dépasse la seule protection contre les arrestations arbitraires (et ici la sûreté, objet de l'article 66, al. 1<sup>er</sup>) sans toutefois être assimilable à l'ensemble des droits de la personne.

Depuis la décision du 12 janvier 1977, relative à la loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales (n° 76-75 DC : Rec. Cons. Const. p. 33 ; GDCC, p. 388), la protection de la liberté individuelle est érigée en principe fondamental reconnu par les lois de la République. Cette conception large de la liberté individuelle s'est confirmée, malgré quelques flottements (la liberté d'aller et venir a été qualifiée de principe à valeur constitutionnelle, sans doute pour faire échapper quelques-unes de ses conséquences à la compétence du juge judiciaire).

La protection de la liberté individuelle résulte non seulement des prescriptions de l'article 66, mais également des articles 1,2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 préservant la liberté, la propriété, la résistance à l'oppression et la sûreté.

Dans la liste des droits naturels et imprescriptibles de l'homme, la notion de sûreté revêt donc une importance majeure. Elle représente une sécurité ressentie et garantie juridiquement contre les ingérences arbitraires que le pouvoir pourrait porter à la liberté. Et dans un Etat de droit la sûreté commande qu'un individu - français ou étranger - ne puisse être arbitrairement détenu sur simple décision d'une autorité, sans nécessité absolue et sans garantie légale appropriée.

La sûreté, au sens strict du terme, correspond au droit pour une personne physique de n'être ni arrêtée, ni détenue en dehors des cas et conditions fixés de manière claire et précise par la loi ; pourtant cette définition à elle seule ne peut résumer la protection de la liberté individuelle. Elle n'en constitue qu'un aspect, important certes, mais qu'un aspect seulement. Ainsi cette sûreté n'est-elle pas systématiquement en cause lorsque le juge constitutionnel dénonce une atteinte à la

liberté individuelle. De même la liberté d'aller et venir, présentant les caractères d'un principe de valeur constitutionnelle autonome, n'est qu'un élément qui se rattache à la liberté individuelle. Cela explique que les contrôles d'identité relèvent de l'autorité judiciaire, quand bien même ils procéderaient de considérations de police administrative et en dépit des critiques que l'on peut adresser à cette solution, notamment du point de vue de son efficacité pour la protection de la liberté<sup>2</sup>.

C'est dans ce souci de légalité que l'étude des privations ou des restrictions de liberté avant jugement, telle la détention provisoire, est particulièrement intéressante. La question de la détention provisoire est incontestablement liée à celle de la sûreté physique et personnelle de l'individu, mais également à la présomption d'innocence, tout aussi fondamentale. Ne serait ce parce que l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen contient à la fois l'énoncé du principe de la présomption d'innocence<sup>3</sup> mais aussi l'affirmation du caractère **très exceptionnel** de la procédure de détention provisoire.

Plusieurs définitions de la mesure sont données par la doctrine, celle par exemple de J. Pradel écrivant que « la détention provisoire est l'incarcération d'un inculpé en maison d'arrêt pendant tout ou partie de l'instruction préparatoire jusqu'au jugement définitif sur le fond de l'affaire. »<sup>4</sup> On retrouve au Juris-Classeur une « mesure ordonnée par un ou plusieurs magistrats du siège, le plus souvent le juge d'instruction [c'est le juge des libertés et de la détention depuis la loi du 15 juin 2000], permettant d'incarcérer une personne présumée innocente jusqu'à sa condamnation, dans les cas et selon les conditions prévues par la loi. »

---

<sup>2</sup> Le Conseil Constitutionnel a précisé, dans sa décision en date du 5 août 1993 à propos de la loi relative aux contrôles et vérifications d'identité, qu'il « revient à l'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle de contrôler en particulier les conditions relatives à la légalité, à la réalité et à la pertinence des raisons ayant motivé les opérations de contrôle et de vérification d'identité. »

<sup>3</sup> « Tout citoyen étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi. » D.D.H.C., 26 août 1789, art. 9.

<sup>4</sup> J. Pradel, *L'instruction préparatoire*, Cujas, 1990, p. 587.

On admettra comme définition générale que la détention provisoire est une mesure d'incarcération avant tout jugement prise à l'égard d'une personne mise en examen.

Dans quelles conditions est-il possible de priver de sa liberté selon les voies légales cette personne avant qu'elle n'ait été jugée par un tribunal ?

L'emprisonnement étant au coeur du système répressif français, placer une personne en détention provisoire c'est faire de la répression avant qu'une décision de justice ne soit intervenue à l'égard de l'intéressée ; cette mesure s'analyserait en un préjugement, inadmissible au regard du principe de la présomption d'innocence.

La détention provisoire caractérise-t-elle une atteinte à la présomption d'innocence ?

Cette présomption d'innocence est décrite sous la plume de Jean Pradel comme étant « le principe cardinal de la procédure pénale dans un Etat de droit, autour duquel tout gravite puisque les autres principes directeurs qui gouvernent la procédure pénale sont la conséquence du principe de la présomption d'innocence<sup>5</sup>. » Et l'on retrouve ce principe ancré dans l'esprit démocratique français et proclamé par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ; il est donc compris dans le « bloc de constitutionnalité » puisque la Constitution de 1958 intègre cette déclaration dans son préambule.

Le principe de la présomption d'innocence est reconnu être un des piliers de notre idéal démocratique. Mais pourquoi revêt-il une si grande importance face à la détention provisoire ? Parce que le magistrat chargé de l'instruction doit toujours se méfier d'une possible erreur judiciaire. Si des indices laissent croire à un soupçon de culpabilité, la personne dite suspecte reste néanmoins présumée innocente.

Il résulte que le placement ou le maintien d'un individu en détention provisoire est strictement conditionné par l'existence de motifs à la fois pertinents et justifiés et par l'obligation d'agir avec célérité dans la conduite des procédures.

---

<sup>5</sup> J. Pradel, « Les personnes suspectes ou poursuivies après la loi du 15 juin 2000 ; une évolution ou une

Depuis la loi du 17 juillet 1970, qui constitue sans doute la plus importante du XX<sup>e</sup> siècle en matière de détention provisoire, « tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens », la liberté n'est plus provisoire mais c'est la détention qui le devient. Le législateur pose le principe d'une détention provisoire exceptionnelle et qui devra être motivée spécialement par référence aux dispositions de l'art. 144 c. pr. pén.<sup>6</sup>. Les critères de détention, jadis abandonnés à la conscience du juge, sont désormais clairement définis.

La loi du 15 juin 2000 ne fait qu'aboutir à la lente évolution de la protection des droits individuels au sein de la procédure pénale. Elle vient bouleverser les données, accroître les garanties et renforcer la protection de la présomption d'innocence.

En fait depuis quelques années le vent venu de Strasbourg souffle de plus en plus fort sur notre pays, en imposant une modèle contradictoire avec égalité des armes entre accusation et défense.

La Convention européenne souligne que le droit à la sûreté revêt une très grande importance dans une société démocratique<sup>7</sup>. Mais le droit à la sûreté est parfois défini de manière stricte et négative : l'affirmation de ce droit signifie exclusivement la prohibition de toute arrestation ou détention arbitraire. Il faut donc que la privation de liberté, imposée par l'Etat à un individu, réponde aux cas limitativement énumérés par les textes, et que les conditions auxquelles la privation de liberté correspond soient remplies en l'espèce.

L'art. 5, al. 1 de la Conv. EDH énonce que toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté que dans des cas déterminés et selon les voies légales. Et cet article d'ajouter : la personne privée de sa liberté a le droit d'introduire un recours devant un tribunal afin qu'il statue à bref délai sur la

---

révolution ? », D.2001, n°13, p. 1039.

<sup>6</sup> L'art. 144 du code de procédure pénale n'est conçu que pour imaginer les circonstances devant être réunies pour envisager de placer en détention provisoire une personne contre laquelle il existe des indices, le plus souvent graves et concordants.

<sup>7</sup> C.E.D.H. *De Wilde, Ooms et Veirsyp c/Belg.*, 18 juin 1971.

légalité de sa détention et ordonne le cas échéant sa libération si la détention est illégale.

Cet article prend une importance majeure car son objet est la protection de la liberté physique de l'individu. Il pose des limites aux raisons pour lesquelles la détention provisoire peut être imposée, mais requiert également l'intervention d'un juge en cas de détention provisoire.

En fait des dispositions protectrices des droits de l'individu en matière de détention provisoire s'effectuent donc à la fois en droit interne et en droit européen de la matière pénale.

La détention pose problème si elle intervient avant le jugement ou la condamnation<sup>8</sup> car elle démontre que reste envisageable de priver de liberté une personne avant son jugement définitif. Pourtant l'art. 137 du code de procédure pénale énonce clairement que « **la personne mise en examen, présumée innocente, reste libre** ». En fait la détention obéit à des conditions strictes. L'art. 5-1, al. c, Conv. EDH nous rappelle qu'une privation de liberté peut être ordonnée dans le cadre d'une procédure pénale, mais avec la traduction du prévenu devant une autorité judiciaire ; il faudra cependant qu'il existe des raisons plausibles de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction, ou encore de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci.

Retenons dès lors que la règle est la liberté et la détention l'exception. Le même article 5 Conv. EDH rejoint cette idée en déclarant que toute personne a droit à la liberté et à la sûreté, que nul ne peut être privé de sa liberté sauf selon les voies légales.

La détention provisoire peut retentir gravement sur la vie de l'inculpé. Son dossier peut avoir une influence sur la peine qui sera finalement prononcée, surtout si l'inculpé demeure toujours emprisonné lors du jugement. Il est courant d'associer

---

<sup>8</sup> C'est généralement la déclaration de culpabilité faisant suite à l'établissement légal de l'infraction et

à l'étude de la détention provisoire un conflit d'intérêts entre la présomption d'innocence et la préservation de l'intérêt général et public. L'exigence démocratique doit-elle anéantir tout recours aux mesures coercitives ?

Les atteintes à la liberté individuelle peuvent être nombreuses dans le cadre de la procédure pénale<sup>9</sup>, et d'une gravité extrême si elles touchent à la présomption d'innocence. La détention provisoire est l'objet d'attentions toujours particulières de la part du législateur, exprimant chaque fois depuis des lustres, avec vigueur et souvent dans les mêmes termes, sa volonté de mettre fin à une situation qu'il juge intolérable, celle où une personne est incarcérée avant son jugement. Cependant la mesure existe toujours et aucun texte n'est venu modifier la structure profondément archaïque de notre procédure<sup>10</sup>.

La loi du 15 juin 2000<sup>11</sup> est sans doute le texte le plus important depuis 1959 en procédure pénale puisque touchant à beaucoup de ses aspects ; en renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes elle a, une nouvelle fois, tenté de limiter le recours à la détention provisoire pendant l'instruction, notamment en transcrivant les exigences européennes gouvernant la matière, et en chargeant un **juge des libertés et de la détention** d'ordonner ou de prolonger les détentions provisoires<sup>12</sup>. On retrouve dans cette loi des réformes soulevées dans des lois précédentes<sup>13</sup>, telle la séparation des fonctions d'investigation et de placement en détentions des juges d'instructions. Mais également d'autres solutions très novatrices, à savoir l'instauration d'un recours contre les décisions des cours d'assises, qui ne seront pas traitées ici.

---

l'infliction d'une peine ou autre mesure privative de liberté.

<sup>9</sup> La France a été condamnée plusieurs fois par la C.E.D.H., notamment dans les affaires *Kemmache* (27/11/91), *Letellier* (26/06/91), *Tomasi* (27/08/92).

<sup>10</sup> H. Leclerc, « La loi du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence », *Gaz. Pal.* 29/30 sept. 2000

<sup>11</sup> L. n° 2000-516, 15 juin 2000, *JO* 16 juin 2000, p. 9038 et s. ; JCP 2000, III, 20301 ; C. Guéry, « Le nouveau juge des libertés et de la détention : premiers problèmes pratiques », *Gaz. Pal.* 8/9 sept. 2000 ; H. Leclerc, « la loi du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence et le droit des victimes », *Gaz. Pal.* 29/30 sept. 2000, p. 2 ; J. Pradel, « Encore une tornade sur notre procédure pénale avec la loi du 15 juin 2000 », *D.* 2000, n° 26, Point de vue.

<sup>12</sup> Cette responsabilité relevait jusqu'ici du juge d'instruction ; néanmoins il ne perd pas toutes ses prérogatives. Cf. infra.

<sup>13</sup> En ce sens la loi du 4 janvier 1993, abrogée par la loi du 24 août 1993.

La nouvelle loi se veut donc ambitieuse. Elle commence par placer un article préliminaire en tête du Code de procédure pénale énonçant les principes directeurs et fondamentaux tels qu'ils résultent de notre tradition républicaine, des principes constitutionnels et de la Convention européenne des droits de l'homme. Elle traduit la volonté des pouvoirs publics de franchir un pas, sans pour autant transformer radicalement la structure, ce que proposait la Commission présidée par M<sup>e</sup> Delmas-Marty en préconisant la suppression pure et simple du juge d'instruction. Peut-être, après tout, cette loi donnera-t-elle l'élan suffisant pour que, comme l'avion au décollage, la vitesse prise ne permette plus un retour en arrière<sup>14</sup>.

On indique souvent que le magistrat chargé de l'instruction ne doit pas « préjuger » de la culpabilité, et il lui est souvent reproché de violer la présomption d'innocence en plaçant en détention. Mais bien souvent c'est parce qu'il existe des indices laissant présumer que la personne a commis les faits qui lui sont reprochés qu'elle est mise en examen ; et seulement lorsque les indices auront atteint un certain niveau d'intensité que le juge prendra cette décision attentatoire à la liberté individuelle.

Le principe de la présomption d'innocence, et donc l'existence de la détention provisoire, ne pourrait faire obstacle à la mise en place de mesures nécessaires à la répression d'infractions portant atteinte au pacte social. C'est pourquoi si elle est attentatoire à la liberté de la personne, la détention provisoire s'avère parfois nécessaire et indispensable ; l'enjeu sera de respecter les critères définis par le législateur français et par la Convention européenne des droits de l'homme, afin de réduire au maximum le risque d'abus. Le besoin constant d'avoir à l'esprit cet équilibre est primordial.

On assiste aujourd'hui, d'une part, à un resserrement des conditions de mise en détention provisoire, ceci s'éclairant à la lumière de la loi du 15 juin 2000 (I).

---

<sup>14</sup> H. Leclerc, précité.

D'autre part, les garanties accordées à ceux faisant l'objet d'une telle mesure ont été étendues (II).

## **PREMIERE PARTIE LE RESSERREMENT DES CONDITIONS DE MISE EN DETENTION PROVISoire**

S'interroger sur l'utilité de la détention provisoire est primordial. Cette détention va entraîner l'incarcération de l'inculpé pendant tout ou partie de l'information. Il s'agit d'une mesure très grave pour la liberté individuelle et qui paraît souvent aux yeux de l'opinion publique contraire à la présomption d'innocence, l'intéressé subissant l'équivalent d'une peine sérieuse alors qu'il n'a pas été encore jugé<sup>15</sup>. Pourquoi existe-t-elle alors dans notre procédure pénale ?

Il nous faut donc s'intéresser au cadre juridique lui-même de la détention provisoire, à sa légalité *lato sensu*.

### **SECTION I SOURCES LEGALES, CONVENTIONNELLES ET CONSTITUTIONNELLES**

#### **DE LA DETENTION PROVISoire**

Le droit à la sûreté a une valeur constitutionnelle que l'article 66 de la Constitution lui confère en posant le principe de l'interdiction de toute détention arbitraire et celui selon lequel l'autorité judiciaire est gardienne de la liberté individuelle.

---

<sup>15</sup> Et le sort de l'inculpé s'aggrave du fait qu'en pratique la juridiction de jugement choisit, pour couvrir ou ne pas discréditer le magistrat instructeur, une peine au moins égale à la durée de la détention.

Dans la liste des droits naturels et imprescriptibles de l'homme, l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 place la sûreté personnelle entre la propriété et la résistance à l'oppression. La notion de liberté s'éclaire à la lecture des articles 7,8 et 9 qui précisent que l'accusation, l'arrestation ou la détention ne peuvent s'opérer que dans les cas déterminés par la loi et selon les formes qu'elle a prescrites ; que toute punition ne peut être infligée qu'en vertu d'une loi antérieure fixant des peines strictement et évidemment nécessaires ; enfin que **tout homme est présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable.**

La détention provisoire est souvent considérée comme un préjugement et une atteinte à la présomption d'innocence. Il semblerait qu'en maintenant dans le « Nouveau Code Pénal » la peine d'emprisonnement comme base de toute sanction (la doctrine reconnaît volontiers que la prison est au coeur du système répressif français), le législateur français a implicitement admis que s'assurer de la personne soupçonnée par une mise en détention, c'est probablement déjà lui faire exécuter ce que risque d'être sa peine.

La notion de détention peut revêtir différents aspects, tels que la détention *stricto sensu* (l'individu présente un danger pour l'ordre public ou contre lui pèse le soupçon d'une infraction) qui s'effectue contre le gré de l'intéressé et peut présenter le caractère d'une sanction, la *rétenion* d'un individu durant le temps nécessaire à l'exercice d'une formalité de police administrative (contrôles d'identités) ou d'une enquête de police judiciaire (garde à vue), ou encore le maintien dans une zone d'attente (que l'individu peut quitter en choisissant une destination étrangère). Mais dans tous les cas le contrôle effectif de l'autorité judiciaire doit pouvoir s'exercer.

A la différence des détentions légales contrôlées (la garde à vue par exemple) par le juge judiciaire, la détention provisoire est décidée par le juge judiciaire lui-même. En tant que gardien de la liberté individuelle il possède en effet également une compétence de principe pour décider la privation de liberté.

## **A. EVOLUTION DE LA NOTION DE DETENTION PROVISOIRE.**

Le 27 août 1789 une voix s'est élevée pour dénoncer l'usage barbare qui existe en France « de punir les coupables alors même qu'ils ne le sont pas encore déclarés » et pour vilipender les conditions horribles de cette détention préalable.

Depuis la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, la procédure liée à la détention provisoire a fait beaucoup de chemin, en passant par des réformes tantôt plus libérales, tantôt plus sécuritaires. Nous sommes loin aujourd'hui de l'Ordonnance de Colbert qui légalisa en 1670 la procédure inquisitoriale - extraordinaire, secrète, comportant la torture, ignorant toute défense de l'accusé et remettant la conduite de l'information entre les mains d'auxiliaires de la justice. D'autre part la possibilité des lettres de cachet<sup>16</sup> créait une certaine insécurité quant à la sûreté individuelle.

Le code d'instruction criminelle de 1808 prévoit que la détention préventive est obligatoire en matière criminelle. Nous verrons que deux siècles plus tard il est toujours possible de placer en détention provisoire et de demander à ce qu'elle soit prolongée, et ce dès qu'il y a eu crime.

### **1. Les différentes lois de procédure relatives à la détention provisoire.**

Les différentes lois qui se sont succédées en procédure pénale ont peu à peu procédé à l'aménagement des droits de la défense. Depuis 1810 ce ne sont pas moins de 27 réformes sur la détention provisoire qui furent instaurées. Il n'est

---

<sup>16</sup> Elles furent abolies par les décrets de mars de 1790.

possible ici que de dégager les principales mesures afin d'en avoir une vue d'ensemble.

La création de la notion de détention provisoire (elle n'existait pas en droit romain et on prévoyait au contraire la liberté sous caution ; de nos jours le cautionnement ou encore la remise en liberté sous contrôle judiciaire avec ou sans cautionnement sont considérés comme étant des palliatifs à la détention provisoire) remonte environ au XIV<sup>e</sup> siècle lorsque le pouvoir royal décida d'annexer l'organe de poursuite, à savoir le Ministère Public. Dès lors la procédure inquisitoriale gouverne la procédure pénale et met entre les mains du magistrat le soin de réunir les preuves. C'est à partir de ce moment que l'on s'aperçoit que la mesure de détention provisoire se révèle « efficace », le suspect reconnaissant les faits la plupart du temps après un séjour en prison. L'ordonnance de Colbert de 1670 prévoit plus tard la possibilité de placer en détention provisoire par le biais du décret de prise de corps<sup>17</sup>.

Sous la Révolution française beaucoup d'esprits se sont opposés à cette mesure qui consisterait en fait à punir avant toute décision de justice et d'être une sorte de préjugement. Sous Napoléon le code d'instruction criminelle prévoit que la détention provisoire est obligatoire en matière criminelle. Le juge dispose d'un pouvoir relatif en matière correctionnelle, pouvant ainsi décider de ne pas placer en détention sous la condition du versement d'une caution par la personne.

Il faut attendre une loi du 7 février 1933 pour voir la liberté prendre le pas : cette liberté - provisoire - est de droit si la peine encourue est inférieure à deux ans d'emprisonnement. Par ailleurs on en souligne l'importance car elle dépossède (pour quelques temps) le juge d'instruction de certaines prérogatives vis à vis de la détention. Une Chambre du conseil est instituée, ayant la faculté de prolonger la détention ; elle est abrogée par la loi du 25 mars 1935 qui fait retrouver au juge ses pouvoirs quant à la prolongation de la détention provisoire. Par contre au delà d'une certaine durée de détention, la Chambre d'accusation sera compétente pour la

---

<sup>17</sup> J.-M. Carbasse, *Introduction historique au droit pénal*, Paris, 1990.

prolonger. Le juge d'instruction ne retrouve l'ensemble de ses pouvoirs en matière de mise en détention et de prolongation qu'avec le décret-loi du 18 novembre 1939.

Le pavé dans la mare est jeté par la loi du 17 juillet 1970 qui apparaît à l'époque très novatrice<sup>18</sup>. En effet le législateur pose le principe **d'une détention provisoire exceptionnelle** et qui doit être **motivée** spécialement par référence aux dispositions de l'article 144 C. pr. pén. Les données en matière de détention provisoire sont complètement changées. L'insuffisance des garanties de procédure, qui paraissait parfois trop grande, laisse la place à des critères de détention désormais clairement définis. Puisque cette mesure représente « une grave dérogation aux principes de la liberté individuelle et de la présomption d'innocence »<sup>19</sup>, il fallait organiser la procédure afin qu'elle ne porte pas atteinte à la sûreté (telle que nous l'avons définie dans l'introduction). La volonté de créer une nouvelle sphère de droits et garanties face à la détention provisoire va se confirmer puisque la loi de 1970 institue le contrôle judiciaire.

Par la suite la loi du 9 juillet 1984 a institué un débat contradictoire préalable qui lui aussi va venir transformer les habitudes quant à la mise en détention provisoire. C'est un débat en audience de cabinet, le juge d'instruction entendant les réquisitions du Ministère Public puis les observations de l'inculpé et le cas échéant celles de son conseil. En revanche la prolongation de la détention provisoire peut être décidée sans un nouveau débat contradictoire. Pourtant, s'il apparaît souvent que cette loi a eu des conséquences sur les chiffres de la détention, sa portée reste relative puisque le juge d'instruction ne remettait rarement le suspect en liberté s'il avait déjà l'intention de placer en détention provisoire. La loi de 1984 apporte une innovation intéressante sur la plan procédural : l'appel du parquet n'est plus suspensif. Si le juge d'instruction ordonne une remise en liberté de l'inculpé, sa décision est immédiatement exécutoire.

La loi du 10 décembre 1987 abrogea celle du 30 décembre 1985, tout en maintenant la garantie de la collégialité que cette dernière avait introduite. En effet,

---

<sup>18</sup> Merle, « La liberté et la détention au cours de l'instruction dans la loi du 17 juillet 1970 », *Rev. sc. crim.* 1971, p. 567 ; Pradel, « La réforme de la détention préventive », *Gaz. Pal.* 1972, doct., p. 1 ; Robert, « Premières réflexions sur la détention provisoire instituée par la loi du 17 juillet 1970 », *JCP* 1971, I, 2370.

des chambres collégiales d'instruction étaient instituées pour que le pouvoir de mise en détention ne soit plus concentré dans les mains d'un seul magistrat. Au niveau de la garantie des droits, il est certain qu'une chambre composée d'au moins deux magistrats réduit les risques d'erreur d'appréciation, capital face à une telle mesure attentatoire à la liberté qu'est la détention provisoire. Mais comme celle du 10 décembre 1985, la loi du 30 décembre 1987 va être anéantie sur certains points avant même d'avoir pu porter ses fruits. La loi du 6 juillet 1989 rend caduque les dispositions sur les chambres de la mise en détention. Elle unifie les règles de placement en détention et prévoit qu'en matière criminelle la mise en détention provisoire se fasse également par ordonnance motivée.

Plus récemment la loi du 4 janvier 1993 était pour sa part très ambitieuse, bien qu'ayant été abrogée quelques mois plus tard par le fait du changement au sein du pouvoir politique. En ce qui concerne la détention elle revient sur l'idée de séparer l'instruction et la détention. Elle poursuivait de nombreux objectifs : elle introduit un art. 137-1 C. pr. pén. qui, comme les textes précédents abrogés, a prévu l'intervention d'une instance collégiale, *la chambre d'examen des mises en détention provisoire*<sup>20</sup>. Malheureusement une fois de plus cette disposition a été à nouveau abrogée par la loi du 24 août 1993. Cette dernière restaure le juge d'instruction dans ses anciennes attributions en supprimant le système du juge délégué. En revanche cette même loi apporte aux personnes mises en examen et placées en détention provisoire une garantie nouvelle introduite à l'art. 187-1 du Code de procédure pénale : le référé-liberté. Cette disposition prévoit la saisine rapide du président de la chambre d'accusation qui peut, dans les cas où la détention paraît manifestement anormale, suspendre les effets du mandat de dépôt. Cette garantie procédurale s'affiche très protectrice de la liberté de la personne.

---

<sup>19</sup> C.E.D.H. Stögmüller, 10 novembre 1969, [en droit n°4].

<sup>20</sup> Le juge d'instruction devait saisir un « juge délégué » pour proposer une mise en détention ; la faculté de placement et de prolongation de la détention provisoire lui était enlevé mais il conservait la possibilité de statuer sur les demandes de mise en liberté.

Nous arrivons au dernier tour de piste des évolutions législatives avec les apports des deux dernières lois sur la détention provisoire, dont beaucoup de dispositions sont encore en vigueur aujourd'hui : la loi du 30 décembre 1996 et la loi du 15 juin 2000. La dernière, de création récente, est au coeur de notre étude puisque renforçant singulièrement la protection de la présomption d'innocence. Elle adopte et reprend l'idée de la création d'un juge tiers à l'instruction<sup>21</sup> qui serait chargé du placement et de la prolongation de la détention : c'est le juge des libertés et de la détention<sup>22</sup>.

A travers les différentes réformes intervenues, la difficulté principale des réformes en procédure pénale s'avère être le plus souvent les modifications du pouvoir du juge d'instruction. Il serait un personnage hybride de notre procédure pénale car il cumule les fonctions et rôles d'enquêteur, accusateur et de juge, paraissant incompatibles d'après le principe d'impartialité. Un problème se pose déjà, celui de savoir si, au niveau européen, et plus encore - par rapport à la Convention européenne des droits de l'homme - le juge d'instruction français est compatible avec l'éthique du droit reconnue par Strasbourg. L'argument d'une violation du principe d'impartialité (dans le cadre de l'instruction ou dans l'ensemble de la procédure pénale) s'est mis à être invoqué à partir du moment où notre droit procédural s'est *conventionnalisé* avec l'article 6 Conv. EDH qui prévoit que « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement (...) par un tribunal indépendant et impartial. » Les juges européens s'attachent à ce que le principe du contradictoire soit respecté, et cela afin d'éviter les procédures arbitraires.

Le cumul des fonctions du juge d'instruction a fait coulé beaucoup d'encre et certains n'hésitent pas, et encore de nos jours, à dire qu'il est l'homme le plus puissant du système judiciaire français. Certains le qualifièrent « Maigret et

---

<sup>21</sup> H. Angevin, « Mort d'un dogme, à propos de l'instauration par la loi du 15 juin 2000 d'un second degré de juridiction en matière criminelle », *JCP éd.* 2000, I, 260.

<sup>22</sup> C. Guéry, « Le nouveau juge des libertés et de la détention : premiers problèmes pratiques », *Gaz. Pal.* 8/9

Salomon » (R. Badinter), sans être trop loin de la vérité. En effet, il est à la fois chargé de l'enquête et juge de l'instruction en cours, deux rôles prétendument incompatibles au regard du principe d'impartialité et celui de la séparation de l'instruction et du jugement.

La Cour européenne n'a pourtant jamais condamné la fonction du juge d'instruction en elle-même ; son souhait constant est celui que le principe d'impartialité et de proportionnalité reste toujours à l'esprit des juges et autres auxiliaires de justice, afin de garantir au maximum les droits des citoyens, leur liberté individuelle et la présomption d'innocence si instruction il y a.

L'influence européenne du procès équitable commence à peser lourd et paraît aujourd'hui de plus en plus pressante au regard de notre droit et de son application. Le projet de loi qui a servi de moule à la réforme du 15 juin 2000 avait insisté sur le fait que le juge d'instruction usait parfois de son pouvoir de mise en détention provisoire afin d'obtenir quelques aveux de la part du « présumé coupable ». Un peu comme si le magistrat instructeur usait de la détention comme moyen d'investigation pour contraindre le mis en examen à avouer les faits reprochés... Et on ne s'étonne guère de cela puisque force est de constater que la pratique existe bien.

La loi du 15 juin 2000 enlève-t-elle complètement cet aspect de la procédure pénale ? Il semble que non puisque le magistrat instructeur peut toujours saisir le juge des libertés et de la détention, proposer une détention provisoire, et ordonner ou non la remise en liberté. Si le juge d'instruction ne peut plus directement ordonner une mise en détention (V. plus loin les développements en la matière) depuis le 1er janvier 2001, il demeure l'initiateur de la saisine du nouveau magistrat. Ce dernier ne pourra intervenir que si le juge d'instruction rend une ordonnance motivée en ce sens. On peut dès lors se demander si, malgré l'instauration de la réforme « qui espère voir le nouveau magistrat prendre le pas sur le juge d'instruction et éloigner de la sorte le spectre de la détention comme

moyen de pression exercé sur le mis en examen<sup>23</sup> », toute pression aura disparue et s'il ne pourrait pas y avoir une pression à la délivrance de l'ordonnance.

Cette procédure que Ch. Guéry nomme de « détention-pression<sup>24</sup> » tendra sûrement à s'amenuiser du fait de la dissociation des responsabilités du juge des libertés et de la détention et de celles du juge d'instruction.

Il nous faut retenir que l'objectif premier de la loi nouvelle est de transférer au juge ainsi né la compétence traditionnellement dévolue en matière de détention au juge d'instruction. Elle apparaît donc très novatrice. Il suffit de jeter un coup d'oeil aux articles 137-1 et 137-3 C. pr. pén. pour s'apercevoir que les principaux pouvoirs du juge d'instruction relatifs au placement en détention se trouvent désormais concentrés entre les mains du juge des libertés et de la détention ; l'article 137-3 C. pr. pén. est ainsi rédigé : « Le juge des libertés et de la détention statue par ordonnance motivée. Lorsqu'il ordonne ou prolonge une détention provisoire ou qu'il rejette une demande de mise en liberté, l'ordonnance doit comporter l'énoncé des considérations de droit et de fait sur le caractère insuffisant des obligations du contrôle judiciaire et le motif de la détention par référence aux seules dispositions des articles 143-1 et 144. »

Par contre le juge d'instruction garde sa compétence pour ordonner le contrôle judiciaire du mis en examen, statuant après avoir recueilli les réquisitions du procureur de la République<sup>25</sup>. Néanmoins le juge des libertés et de la détention peut également ordonner le contrôle judiciaire lorsqu'il est saisi. La loi du 15 juin 2000 permet désormais à deux intervenants différents de placer l'intéressé sous contrôle judiciaire.

La procédure devant le juge des libertés et de la détention est peu différente de la procédure actuelle devant le juge d'instruction. Tous les pouvoirs du juge d'instruction en matière de détention lui sont transférés. En outre ce magistrat instructeur conserve le pouvoir de mettre seul en liberté le mis en examen, qu'il

---

<sup>23</sup> Di Marino, *La réforme de la détention provisoire*, Rev. pén. et dr. pén. 2000, p. 330.

<sup>24</sup> Ch. Guéry, *La détention provisoire*, Dalloz Référence, Droit pénal, mars 2001, p. 17.

<sup>25</sup> Ces réquisitions de la part du parquet sont pour l'heure obligatoires, ce qui n'était pas le cas avant cette

s'agisse d'office (art. 147, al. 1, C. pr. pén.), sur demande du Procureur ou de l'intéressé (art. 148-3 C. pr. pén.). Autrement, lorsqu'il est saisi d'une demande, il la transmet au juge par ordonnance motivée. S'il faut deux avis pour mettre ou maintenir une personne en prison, il n'en faut qu'un seul pour l'en sortir, le juge d'instruction ne devant saisir le juge des libertés et de la détention que s'il se refuse à élargir lui-même cette personne (art. 147, al. 2 et art. 148, al. 3).

Cependant peut-on penser que le fait pour le juge d'instruction de pouvoir saisir le juge des libertés et de la détention et de proposer une mise en détention, sans avoir réellement la faculté d'ordonner le placement proprement dit (nouveau à part entière de la loi du 15 juin 2000) aura une certaine prépondérance vis à vis de la liberté du mis en examen dans la procédure. Le juge des libertés et de la détention, suite à cette ordonnance motivée concluant à la nécessité de la mesure privative de liberté, aura souvent tendance à suivre le juge d'instruction pour ne pas le discréditer dans son travail d'investigation et de recherche de la vérité. Le nouveau juge risque ici de paraître un exécutant plutôt qu'un magistrat impartial.

Dans une optique plus respectueuse de la liberté individuelle, la réforme de juin 2000 a voulu, enfin c'est ce que l'on croit, créer une sorte de contrepoids : « le législateur a sans doute espéré que, face à un juge d'instruction répressif et porté à confisquer la liberté du citoyen, le juge des libertés apparaîtrait comme le défenseur de la liberté, son appellation étant à cet égard symbolique. mais ce n'est pas cela qui se produira comme on le constatera au bout de quelques années : il pourrait bien arriver que le nouvel acteur qu'est ce juge des libertés s'enlise dans le prononcé de détentions dont il deviendra... le maître d'oeuvre et que l'on voie dans le même temps émerger un juge d'instruction par la force des choses libérateur puisque condamné par la loi à jouer ce rôle<sup>26</sup>. »

L'évolution de la notion de détention provisoire s'est faite peu à peu au regard du droit pénal procédural. L'aménagement progressif des droits de la

---

réforme.

défense fut le miroir de la volonté du législateur, qui au fil du temps va renforcer le droit à la liberté physique de l'individu.

## **2. Evolution des procédures.**

Nous sommes passés de la procédure inquisitoriale du Moyen-Age à celle de l'instruction version 2000. Les conditions procédurales ont-elles changé à ce point ? En fait cela dépend d'où l'on se place.

Auparavant l'intérêt de la Justice primait. Le système judiciaire à l'époque était surtout inquisitoire : le juge peut se saisir lui-même et la société est représentée pendant le procès par le Ministère Public. La procédure était écrite et secrète (à l'égard du public comme du suspect), si bien qu'elle n'était pas contradictoire. Divisée en plusieurs phases (instruction, jugement) au cours desquelles le juge - unique au stade de l'instruction - recherche activement des preuves<sup>27</sup> (à cette époque divers procédés existaient, qui aujourd'hui paraîtraient quelque peu contraires au respect de l'intégrité physique de la personne, afin d'obtenir rapidement et simplement des aveux). Le système inquisitoire était donc peu soucieux des droits de la défense.

Le vingtième siècle fût celui d'un accroissement sans précédent de la protection des droits et libertés, et ce même pendant les phases de poursuite, d'instruction ou de jugement. Actuellement on recherche une égalité des armes entre l'accusation et la défense ; la tendance est en faveur d'un système plutôt de type accusatoire, où la procédure est orale, contradictoire et publique. Mais dire que le système en vigueur en France quant à l'instruction préparatoire est accusatoire serait une erreur : depuis le renforcement des droits des suspects (à partir du code de 1808), la procédure pénale française a reçu diverses influences, tantôt du système inquisitoire qu'accusatoire. On s'accorde à dire aujourd'hui que notre

---

<sup>26</sup> Di Marino, La réforme de la détention provisoire, Rev. pén. et dr. pén. 2000, p. 325.

<sup>27</sup> Sur ce point précis il semble que la fonction première du magistrat chargé de l'instruction soit restée la même puisque le droit pénal procédural actuel énonce encore que « le juge d'instruction procède, conformément à la loi, à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité », art. 83 C. pr. pén.

Le système est mixte, c'est à dire qu'il entend protéger et garantir les droits de l'individu dans toutes les phases judiciaires, mais également ne pas sacrifier les intérêts de la société. N'oublions pas que le droit pénal est un droit sanctionnateur ; il oppose l'individu à la société lésée par ses agissements et défend ainsi l'ordre social<sup>28</sup>. Il réprime les actes venant enfreindre les règles de l'intérêt général.

On pourra s'interroger si l'intérêt social a toujours le même poids qu'à l'époque de l'Inquisition, notamment sur l'étude du critère du trouble à l'ordre public (pour les conditions de fond de mise en détention).

### **3. Le but des modifications législatives depuis 200 ans**

Elles ont eu pour but de faire baisser le nombre des prévenus, et de rendre le placement en détention provisoire plus difficile. C'est principalement à cette fin que les réformes furent prises. Citons par exemple la loi du 9 juillet 1984 qui, en instaurant le débat contradictoire, a fait baisser les chiffres de la détention provisoire. Pourtant, la France n'a pas la meilleure place au classement européen face quant au nombre des placements en détention provisoire, puisque pas moins de 30.000 mises en détention sont décidées chaque année - même si « périodiquement des voix s'élèvent pour contester les méthodes de comptage qui faussent quelque peu les résultats sur le plan comparatif. »<sup>29</sup>

Le nouvel article 137 du Code de procédure pénale (modif. 15/06/2000) prévoit « que la personne mise en examen, présumée innocente, **reste libre**. Toutefois, en raison des nécessités de l'instruction ou à titre de mesure de sûreté, elle peut être astreinte à une ou plusieurs obligations du contrôle judiciaire. Lorsque celles-ci se révèlent insuffisantes au regard de ces objectifs, elle peut, à titre **exceptionnel**, être placée en détention provisoire. »

---

<sup>28</sup> Stefani, Levasseur, Bouloc, *Droit pénal général*, 17ème éd., 2000, n° 31.

<sup>29</sup> G. Di Marino, « La réforme de la détention provisoire : la loi du 15 juin 2000 », *Rev pén. et dr. pén.* 2000, p. 325.

La règle est donc la liberté, et la détention l'exception. L'art. 5-1 Conv. EDH rejoint cette idée en déclarant que « toute personne a droit à liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté sauf selon les voies légales ».

La procédure pénale française tend à s'aligner sur le texte européen en prévoyant notamment des conditions strictes d'application de la détention provisoire, mais la Cour de Cassation a rappelé que la loi française institue déjà en faveur des inculpés des garanties supplémentaires destinées à éviter toute détention injustifiée.

## **B. LE DROIT POSITIF FRANÇAIS DE LA DETENTION PROVISOIRE.**

### **1. Le stade atteint à ce jour quant à cette procédure.**

On qualifie généralement aujourd'hui en terme juridique la détention provisoire comme l'incarcération décidée par un magistrat (nous verrons la coordination des pouvoirs relatifs à la détention entre le juge d'instruction et le nouveau juge que crée la loi du 15/06/00, à savoir le juge des libertés et de la détention) d'une personne mise en examen<sup>30</sup>.

L'esprit général de la loi de juin 2000 s'inspire du principe directeur du procès équitable de l'art. 6 Conv. EDH et qui doit conditionner toutes les procédures. L'article préliminaire du code de procédure pénale, issu de la loi du 15 juin 2000, dispose désormais que : « Les mesures de contraintes dont cette personne peut faire l'objet sont prises sur décision ou sous le contrôle effectif de l'autorité judiciaire. Elles doivent être strictement limitées aux nécessités de la procédure, proportionnées à la gravité de l'infraction reprochée et ne pas porter atteinte à la dignité de la personne. »

On retrouve dans cette disposition l'exigence continuelle du principe de l'équitable et du contradictoire, la préservation de l'équilibre des droits des parties,

---

<sup>30</sup> La loi du 24 août 1993 substitue la notion de « mise en examen » à celle d'« inculpé ».

la séparation de la poursuite et du jugement, l'information et la garantie des droits des victimes au cours du procès, la présomption d'innocence au profit de toute personne suspectée ou poursuivie, le caractère exceptionnel des mesures de contrainte...autant de facteurs indispensables pour rendre la Justice dans des conditions d'impartialité, d'indépendance et d'équité.

La clef de voûte reste le principe de la présomption d'innocence ; et J. Pradel nous exprime récemment<sup>31</sup> qu'il faut indéniablement la défendre car il existe en sa faveur plusieurs justifications puissantes :

1) la nécessité de compenser la mauvaise situation de la personne impliquée par la dispense d'avoir à prouver son innocence ;

2) le fait que le plus souvent les hommes ne sont pas des criminels, la Cour suprême du Canada ayant déclaré que, dans leur majorité, les hommes sont honnêtes, et que « la présomption d'innocence confirme notre foi en l'humanité, la présomption étant l'expression de notre croyance que, jusqu'à preuve du contraire, les gens sont honnêtes et respectueux des lois. »

Par ailleurs, il reste fondamental que les personnes se trouvant dans des conditions semblables et poursuivies pour des infractions similaires doivent être jugées selon les mêmes règles.

Et toute personne suspectée ou poursuivie est présumée innocente tant que sa culpabilité n'a pas été établie. Egalement, toute personne a le droit d'être informée des charges retenues contre elle et d'être assistée d'un défenseur.

## **2. La loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes,**

---

<sup>31</sup> J; Pradel, Les personnes suspectes ou poursuivies après la loi du 15 juin 2000 ; évolution ou révolution ?, Dalloz 2001, n° 13, p. 1039.

Venant une fois de plus changer nos habitudes, elle nous prouve que si le thème de la détention provisoire est récurrent, celui des réformes de la détention provisoire l'est encore davantage. Car depuis 1959 plus de quinze lois relatives à la détention provisoire furent promulguées, le sujet choisi traduisant une préoccupation certaine aux yeux des autorités. Certaines ne virent jamais la moindre application, par exemple celle du 4 janvier 1993 qui par l'alternance politique fut abrogée par la loi du 24 août 1993 (car beaucoup de dispositions devaient entrer en vigueur début 1994).

L'apparition d'un nouveau juge sur la scène juridique, le juge des libertés et de la détention, est au coeur de la réforme. Cette fois-ci le législateur a admis le principe de retirer au juge d'instruction son pouvoir de mettre en détention la personne mise en examen et de confier cette tâche à un nouveau magistrat.

Depuis quelques années le législateur tourne autour du juge d'instruction. Il s'est refusé à remettre en question l'architecture d'ensemble de notre système procédural. Or, ce système avait sa cohérence au début du XIX<sup>ème</sup> siècle, lorsque les droits de la défense étaient inexistants ; mais il a perdu de cette homogénéité au fil des ans.

Il a déjà été évoqué plus haut que généralement les réformes en procédure pénale visent à modifier les pouvoirs du juge d'instruction. Une loi du 10 décembre 1985 avait institué une chambre collégiale d'instruction, comportant au moins deux magistrats ; elle fut anéantie, avant son entrée en vigueur, par la loi du 30 décembre 1987 (visant pour sa part également à priver le juge d'instruction de la faculté de placer en détention - « une décision si grave au regard de la liberté individuelle ne pouvant être confiée à un seul homme »).

Le juge des libertés et de la détention a des attributions étendues : il a un rôle central en matière de détention provisoire. Ainsi quand une information est ouverte, c'est lui qui reste compétent pour une mise en détention provisoire (et pour sa prolongation).

Mais encore faut-il qu'il soit **saisi** par le juge d'instruction, celui-ci conservant un certain pouvoir de filtre ; la mise en liberté, elle, va bénéficier de la théorie dite du double regard (c'est à dire que le juge des libertés et de la détention intervient en cas de refus du juge d'instruction).

Les décisions du juge des libertés et de la détention pourront être prises en audience publique à la demande des parties sous réserve que la publicité ne soit pas de nature à entraver les investigations ou nuire à la dignité des personnes ou aux intérêts d'un tiers.

Pour ce qui est de la comparution immédiate, le juge des libertés et de la détention exercera en juin 2002 les pouvoirs du président du TGI ou de ceux du juge délégué pour ce qui est de la détention provisoire ou du contrôle judiciaire.(art 396 C. pr. pén.).

En fait ce qui vient changer les données, c'est que la loi du 15/06/00 institue un juge nouveau et **octroie à ce dernier la possibilité de prendre toutes les décisions attentatoires aux libertés** dans le cadre des enquêtes.

Le juge d'instruction que nous connaissons n'a donc plus le pouvoir de placer ou de maintenir en détention provisoire. En 1947 déjà, la Commission présidée par le professeur Donnedieu de Vabre avait proposé de séparer la fonction d'investigation et la fonction proprement judiciaire au cours de l'instruction préparatoire. La loi du 4 janvier 1993, avant d'être anéantie par celle du 24 août 1993, retenait pour sa part le principe selon lequel un juge délégué serait chargé du contentieux de la détention. Enfin le rapport de la commission Delmas-Marty préconisait la suppression totale du juge d'instruction, la fonction d'enquête étant dévolue simplement au Ministère Public et les décisions relatives à la liberté individuelle octroyées à un juge dit des libertés. Plusieurs voix opposées à cette réforme s'élevèrent, en soutenant que le Ministère Public lui-même n'aurait plus assez d'indépendance et de recul par rapport à l'ensemble de l'instruction. Le rapport de cette commission a fait peur.

Le placement en détention provisoire est désormais décidé par un magistrat du siège, le juge des libertés et de la détention, distinct du juge d'instruction - qui auparavant décidait à la fois des actes d'information jugés utiles par lui à la manifestation de la vérité paraissant s'imposer.

La détention est donc ordonnée, maintenue ou prolongée par le juge des libertés et de la détention, qui lui sera saisi par une ordonnance motivée du juge d'instruction (conservant le pouvoir de placer sous contrôle judiciaire). Le nouveau juge connaît également des demandes de mise en liberté, qui lui sont soumises (art. 137-1 C. pr. pén).

On assiste donc à la dissociation entre les fonctions d'instruction et celles d'un éventuel placement en détention. Y-a-t-il bouleversement de la procédure pénale française ? La question sera de savoir si la réforme arrivera au bout de ses ambitions, et surtout si la pratique saura mettre un frein au recours particulièrement abondant à la détention provisoire en France.

En fait, le législateur n'a peut-être pas été jusqu'au bout de sa logique :

1. la confusion des rôles subsiste en grande partie sur la personne du juge d'instruction (qui sera toujours à la fois enquêteur - rassembler des preuves, accusateur - la mise en examen, et juge - car il peut toujours mettre en liberté, placer en sous contrôle judiciaire ou ordonner des perquisitions).
2. les procédures ne sont pas plus unifiées que par le passé : par exemple une personne poursuivie pour vol avec violence, en comparution immédiate, aura des droits très inférieurs à ceux dont bénéficiera la personne qui sera mise en examen par ce même juge d'instruction.

Ce sont donc des régimes différents qui vont continuer à s'appliquer, selon qu'une information sera ouverte ou non (des personnes se trouvant dans des conditions semblables et poursuivies pour les mêmes infractions ne seront pas jugées selon les mêmes règles, et cela en dépit du nouvel article préliminaire du

code de procédure pénale). Et la procédure d'instruction de sembler encore plus lourde et plus complexe, et sûrement encore plus lente.

Le législateur entend par la réforme retirer au magistrat instructeur, dont on disait il n'y a pas si longtemps qu'il était le plus puissant de France, l'exclusivité de la mise en détention, souvent perçue comme moyen de pression efficace pour obtenir quelques aveux. Mais il nous faut garder à l'esprit que si le juge des libertés et de la détention est désormais le seul compétent quant à la mise en détention provisoire, le juge d'instruction demeure l'initiateur de la saisine du magistrat né en juin 2000.

Le placement en détention provisoire de la personne mise en examen est décidé au terme d'un débat contradictoire<sup>32</sup>, la personne concernée pouvant être assistée d'un avocat. Cette loi contraint la magistrat chargé de l'instruction à prendre la mesure de détention après « un rencontre entre la défense et l'accusation » au cours duquel l'inculpé peut être défendu par un avocat (ce sera une véritable audience de cabinet).

Le magistrat doit donc, avant de prendre sa décision, organiser un débat contradictoire, au cours duquel à la fois *l'inculpé*, l'avocat et le ministère public pourront participer. Cette règle est d'ordre public (toute absence de débat contradictoire est une cause de nullité). De plus, il faut savoir que ce débat est aujourd'hui systématique, qu'il s'agisse du placement en détention ou de sa prolongation, d'une procédure correctionnelle ou criminelle, d'une affaire concernant des mineurs ou des majeurs.

Parallèlement, dès l'ouverture d'une information, le procureur de la République peut faire des réquisitions écrites de mandat de dépôt (demander le placement en détention provisoire de la personne mise en cause).

---

<sup>32</sup> Instauré par la loi du 9 juillet 1984, paraissant alors très efficace par rapport à ses précédentes en matière de détention provisoire.

Néanmoins le juge d'instruction reste libre de sa décision. Il n'est pas tenu d'organiser un débat contradictoire si le placement en détention provisoire n'est pas envisagé. Par contre, dans ce cas, le magistrat devra en aviser le procureur de la République (qui peut interjeter appel).

Le droit à un avocat est fondamental (obligatoire pour les mineurs en matière de détention provisoire). L'avocat commis d'office sera indemnisé par l'Etat.

La Convention européenne prévoit que « Tout accusé a droit à se défendre lui-même ou d'avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, si il n'a pas les moyens de le rémunérer, de pouvoir être assisté gratuitement par un avocat commis d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent ». Lors de l'inculpation, le magistrat informe la personne mise en examen de son droit à prendre un avocat (ce dernier va défendre sur la forme et sur le fond, au cours de l'information et devant la juridiction de jugement).

Le débat contradictoire, c'est donc le débat entre l'inculpé (et son conseil) et le ministère public. Le magistrat qui sera chargé de l'instruction n'a aucune obligation de prendre part au débat. Par contre, il va prendre sa décision : soit la liberté, soit la liberté sous contrôle judiciaire<sup>33</sup>, sachant que la détention n'est plus de sa compétence puisque c'est au juge des libertés et de la détention qu'il revient de statuer sur la mise en détention provisoire, ou sur sa prolongation.

Le débat contradictoire, de création récente, n'a pas eu les effets escomptés quant au nombre des détentions provisoires (leur nombre a peu baissé après sa mise en application).

L'ordonnance de placement en détention provisoire doit être spécialement motivée. L'appel interjeté contre elle devant la chambre de l'instruction peut, s'il est effectué au plus tard le jour suivant la décision de placement en détention

---

<sup>33</sup> Encore que d'autres alternatives soient possibles, telle par exemple la liberté conditionnelle avec

provisoire, s'accompagner d'une demande (adressée au président de la chambre de l'instruction ou à son remplaçant) d'appel suspensif.

Les magistrats sont invités par le législateur à **n'utiliser la détention provisoire que lorsque les obligations** que peut comporter le contrôle judiciaire<sup>34</sup> **apparaissent insuffisantes.**

Mis à part le cas où la personne s'est soustraite aux obligations du contrôle judiciaire (et l'on rentre dans le domaine de l'art. 141-2 C. pr. pén.), la privation de liberté ne peut intervenir que si le contrôle judiciaire se révèle insuffisant à l'encontre des personnes mises en examen<sup>35</sup>. Et l'article 80-1 C. pr. pén. d'expliquer qu'à peine de nullité, « le juge d'instruction ne peut mettre en examen que les personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves et concordants rendant vraisemblable qu'elles aient pu participer, comme auteur ou comme complice, à la commission des infractions dont il est saisi.

Il ne peut procéder à cette mise en examen qu'après avoir préalablement entendu les observations de la personne... »

Si la détention provisoire reste évidemment toujours possible en matière criminelle, elle ne l'est en matière correctionnelle que si la peine encourue est égale ou supérieure à trois d'emprisonnement<sup>36</sup>. Alors que sous l'empire de la loi du 30 décembre 1996 les seuils d'emprisonnement (le quantum de la peine encourue) étaient d'un ou deux ans, selon que les faits étaient ou non flagrants.

La détention provisoire n'est possible que dans trois séries de cas. Le texte de l'article 144 C. pr. pén. dans sa rédaction de juin 2000 énonce que « la détention

---

assignation à résidence.

<sup>34</sup> A savoir notamment limitation du champ territorial de déplacement, remise des pièces d'identité aux autorités judiciaires, interdiction de rencontrer certaines personnes...

<sup>35</sup> Aucun témoin même assisté ne peut être placé en détention provisoire, la loi du 15 juin 2000 réaffirmant ceci à l'article 113-5 C. pr. pén.

<sup>36</sup> Cinq ans s'il s'agit d'un délit contre les biens et si la personne concernée n'a pas été déjà condamnée à une peine privative de liberté sans sursis supérieur à un an (art. 143-1, al. 2 C. pr. pén.).

provisoire ne peut être ordonnée ou prolongée que si elle constitue l'unique moyen :

- de conserver les preuves ou les indices matériels ou d'empêcher soit une pression sur les témoins ou les victimes, soit une concertation frauduleuse entre personnes mises en examen et complices ;

- de protéger la personne mise en examen, de garantir son maintien à la disposition de la justice, de mettre fin à l'infraction ou de prévenir son renouvellement ;

- de mettre à un trouble exceptionnel et persistant à l'ordre public provoqué par la gravité de l'infraction, les circonstances de sa commission ou de l'importance du préjudice qu'elle a causé. toutefois, ce motif ne peut justifier la prolongation de la détention provisoire sauf en matière criminelle ou lorsque la peine correctionnelle encourue est supérieure ou égale à dix d'emprisonnement. »

### **3. Le critère du trouble à l'ordre public.**

Ce critère, auquel le législateur fait référence *in fine* de l'article 144 C. pr. pén., est encore présent dans le Code de procédure pénale. Il est cité, dans cet article, en relation avec le critère de gravité de l'infraction.

Faustin-Hélie dans ses analyses<sup>37</sup> écrivait que la préservation de l'ordre public recouvrait trois hypothèses bien déterminées : « La nécessité de mettre fin au désordre et à l'émotion qu'a causé dans la cité quelque crime violent et abominable, par l'arrestation de son auteur ; la nécessité de protéger celui-ci des répercussions immédiates et excessives de la foule en effervescence ; et la nécessité de protéger d'autres victimes éventuelles contre les entreprises nouvelles du meurtrier ou de l'anarchiste qui porte encore sur lui les armes du premier crime. »

---

<sup>37</sup> Faustin-Hélie, Traité d'instruction criminelle, t. IV.

A la lecture de ces quelques mots, on s'aperçoit vite de la redondance utilisée et recherchée - le critère de protection de l'auteur de l'infraction - afin d'accentuer le risque pour l'ordre social que doit constituer le trouble à l'ordre public ; le juge, en s'appuyant sur le critère d'ordre public, devra relever effectivement un désordre au sein de cette « foule » et des signes réels, et non pas seulement possibles ou éventuels. Néanmoins c'est un concept difficile à cerner même pour le juriste averti.

C'est pourquoi, pour certains, la notion d'ordre public peut faire peur, en ce qu'elle constituerait un puits sans fonds. Aucune définition n'en est donnée par le législateur. Notion de pur fait, non contrôlée par la Cour de cassation, la plupart des décisions n'affirment seulement si tel ou tel comportement, ou si telle ou telle infraction a créé un trouble grave à l'ordre public. En effet, la Haute juridiction française ne se limite à contrôler que l'existence même de la motivation sur le caractère actuel du trouble, qui justifie par la suite la mise en détention provisoire.

Et la jurisprudence de garder ses distances quant à la définition du trouble à l'ordre public. La chambre d'accusation de Toulouse, dans un arrêt en date du 25 août 1994, s'est toutefois laissée tenter : « la notion d'ordre public comporte de multiples acceptions dont le respect de la vie humaine, la primauté de la préservation des personnes sur celle des biens et l'interdiction de la justice privée. » La Chambre criminelle précisera que le trouble à l'ordre public doit être celui causé actuellement par l'infraction.

Sous l'empire de la loi du 30 décembre 1996 un arrêt intéressant fut rendu par la Cour d'Appel de Douai, et qui garde, malgré la réforme de juin 2000, toute sa pertinence quant à l'appréciation par le juge du critère de trouble à l'ordre public justifiant une mise en détention.

La Cour a déclaré « qu'il ne peut être affirmé que des faits de viols incestueux commis il y a dix-sept ans occasionnent un trouble exceptionnel et persistant à l'ordre public, l'actualité de la souffrance de la victime ne pouvant laisser présumer que le trouble apporté en l'espèce à l'ordre public par les faits - à supposer ce trouble exceptionnel - a persisté pendant plus de dix-sept ans au point de ne pouvoir y mettre fin que par la détention provisoire du prévenu. » La Cour reconnaît la culpabilité de l'intéressé pour les faits reprochés, mais déclare que « l'ordonnance de placement en détention provisoire sera en conséquence infirmée, un contrôle judiciaire apparaissant suffisant pour garantir la représentation en justice du prévenu et prévenir tous risques de pressions sur les témoins et la victime. »

Cette décision paraît cohérente et tout à fait en adéquation avec le respect de la liberté physique et individuelle de l'individu, inculpé ou non. Les magistrats de Douai se gardent à l'esprit qu'en dépit des circonstances, même les plus choquantes (il faut savoir que le viol, incestueux ou non, est un crime), la loi reste la même pour tous, et que le trouble à l'ordre public occasionné par les faits n'avait pas persisté pendant plus de dix-sept ans au point de ne pouvoir y mettre fin que par la détention provisoire.

Qu'en est-il du critère tiré du trouble à l'ordre public à la vue du droit applicable aujourd'hui ?

Actuellement sous l'empire de la loi nouvelle, ce critère est relégué au troisième et dernier alinéa de l'art. 144 C. pr. pén., qui fixe les conditions de fond de la mise en détention provisoire (déjà à ce titre la loi du 30 décembre 1996 avait renvoyé le critère assez « flou » du trouble à l'ordre public *in fine* de cet article 144 C. pr. pén. fixant les conditions limitatives de mise en détention provisoire en France). L'intention du législateur est-elle de l'éloigner du champ de vision du magistrat chargé de l'instruction ?

La loi du 15 juin 2000 ne modifie pas le critère d'ordre public : l'art. 144 C. pr. pén. n'a été modifié que pour énoncer que le critère tiré de trouble à l'ordre public ne pouvait justifier la prolongation de la détention provisoire qu'en matière criminelle, ou correctionnelle si une peine de 10 ans ou plus est encourue. En fait, ce que l'on peut retenir, c'est que le juge des libertés et de la détention peut toujours décider un placement en détention provisoire **sur le seul motif du trouble causé à l'ordre public**, sans s'appuyer véritablement sur la qualification en elle-même de l'infraction, en visant le fait que l'infraction révèle une certaine gravité par rapport aux circonstances de sa commission et à son degré d'intensité.

Sur ce point précis la sûreté de l'individu qui fait l'objet d'une mise en examen est-elle véritablement protégée ? On pourrait en douter. Tout simplement parce que le magistrat conserve une grande marge de manoeuvre, d'action et d'appréciation.

Il suffirait donc que le juge évoque la gravité de l'infraction, les circonstances de sa commission et l'importance du préjudice qu'elle ait causé (et la pratique révèle que dans presque tous les cas les trois conditions sont remplies dès qu'une information est ouverte) pour pouvoir utiliser à sa guise le critère tiré de l'ordre public, et placer ainsi en détention ? D'autre part, en matière criminelle le seul motif de l'ordre public suffirait-il à prolonger la détention ?

Il est évident que cela ne suffit pas à éclaircir le raisonnement que l'on suit. La Chambre criminelle va apporter un éclaircissement sur le critère du trouble à l'ordre public ; elle énonce que le trouble doit être causé **actuellement** par l'infraction<sup>38</sup>. Ainsi a-t-elle jugé irrégulière la détention « fondée sur la nécessité de préserver l'ordre public du trouble causé par les faits, le juge ayant omis de préciser si, d'après les éléments de l'espèce, la détention provisoire était nécessaire pour préserver l'ordre public du trouble actuellement causé par l'infraction » (Cass. Crim., 23 oct. 1984, *Bul. Crim.*, n°312).

---

<sup>38</sup> Cass crim., 26 juin 1989, *Bull. crim.*, n° 269. La détention n'est pas justifiée si la protection invoquée repose seulement sur une éventualité.

Par ailleurs, le juge se devra de définir le trouble et de le décrire précisément, afin de mieux en apprécier les contours. La doctrine, notamment P. Chambon, évoqua le fait que le nombre des détentions provisoires baisserait considérablement si l'on ôtait au magistrat le critère tiré du trouble à l'ordre public. Mais dans un autre sens, l'anéantissement de ce critère reviendrait à ne plus prendre en compte l'émotion dans l'opinion publique que pourrait engendrer une infraction d'une certaine gravité ou intensité ; et dès lors la prise en compte de la répercussion de cette infraction au sein de la société (entendons là le groupe social d'où est issu le coupable<sup>39</sup> ou les victimes) n'aurait plus de conséquence, alors que le droit pénal et toutes les sanctions qui y sont associées ont pour fondement premier la réparation du fait d'avoir enfreint le pacte social. Le dilemme est donc pénible car le critère du trouble à l'ordre public est en quelque sorte coincé entre l'intérêt général (l'émotion de l'opinion publique de voir par exemple le *préssumé coupable* en liberté en attendant son jugement - mais il est aussi présumé innocent...) et celui de l'intéressé risquant la détention provisoire.

Le Précis Dalloz de droit pénal général (Stefani, Levasseur, Bouloc, 17<sup>ème</sup> éd., nov. 2000) nous explique que « la première condition d'existence du phénomène criminel [et également délictuel car sont prises ici en compte toutes les infractions] est la commission d'un fait *contraire à l'ordre social*, qui ne se confond, ni avec l'ordre moral ou religieux, ni avec l'ordre juridique privé. (...) Mais comment déterminer le contenu de l'ordre social ? Cet ordre peut inclure des règles d'ordre moral ou même religieux. Il peut aussi comprendre la protection des droits purement individuels. En définitive la liste des faits contraires à l'ordre social apparaît éminemment variable. Elle se modifie selon les époques, les moeurs de la société, ses besoins ou ses buts. ne s'ensuit-il pas une incertitude inévitable sur l'existence du phénomène criminel, fait contraire à l'ordre social ? »

En motivant expressément ce en quoi la gravité de l'infraction et les circonstances de sa commission ont troublé l'ordre public, le juge des libertés et de

---

<sup>39</sup> Car même en restant *préssumé innocent* jusqu'à ce qu'une décision de justice ne vienne prouver sa

la détention pourra encore placer une personne en détention provisoire sur le critère tiré du trouble à l'ordre public. Néanmoins on sent de la part du législateur un éloignement progressif de ce critère qui aux yeux de certains peut paraître trop dangereux face à la liberté et surtout à la présomption d'innocence.

Beaucoup de critiques se sont élevées contre ce critère restant trop flou et ambigu. C'est la raison pour la quelle on assiste progressivement à un étranglement de ce critère. Désormais en application de la loi nouvelle de juin 2000 (qui rentre en vigueur le 1er janvier 2001), ce critère ne permettra plus de maintenir la détention, sauf en matière criminelle et en correctionnelle si le délit est puni de dix ans d'emprisonnement (art. 144 *in fine* C. pr. pén.).

Le juge aura à définir le trouble et le décrire précisément, toutes les fois qu'il voudra l'invoquer à l'appui de son ordonnance tendant au placement en détention de la personne mise en examen ; d'autre part il précisera dans quelles circonstances l'infraction cause encore de façon continue un trouble au sein de l'ordre public (il devra démontrer que le facteur temporel est toujours présent).

Le critère tiré du trouble à l'ordre public est mal vu par la jurisprudence de la Cour européenne. L'arrêt *Letellier c/ France* du 26 juin 1991 permet d'apprécier à quel point on désire encadrer ce critère afin qu'aucun abus ne soit commis. En l'espèce, la Chambre d'accusation<sup>40</sup> avait refusé plusieurs fois à la requérante les demandes de remise en liberté, en invoquant « la nécessité de préserver l'ordre public du trouble causé par l'assassinat. »

La C.E.D.H. y répond de façon énergique ; elle admet que dans des circonstances exceptionnelles par leur gravité particulière et par la réaction du public à leur accomplissement, certaines infractions peuvent susciter un trouble social de nature à justifier une détention provisoire. Cependant, elle ajoute que « le trouble à l'ordre public, qui doit être entendu comme trouble de l'opinion publique devant la libération d'un suspect, ne peut découler uniquement de la gravité d'un crime ou des charges pesant sur l'intéressé. » Et de conclure en surplus que la

---

responsabilité pénale, celui qui a effectivement commis l'infraction est bien le coupable.

<sup>40</sup> Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 15 juin 2000, on parle de « chambre de l'instruction ». L'appellation *accusation* ne paraissait pas en adéquation avec la tendance protectrice de la loi nouvelle.

détention ne demeure légitime que si l'ordre public reste effectivement menacé au moment de la phase de décision. Une détention ne peut donc se fonder sur le motif de nécessité de l'ordre public que s'il repose sur des faits de nature à montrer que l'élargissement de l'intéressé troublerait réellement l'ordre public.

Tout ceci vient confirmer l'analyse précédente, selon laquelle le critère tiré du trouble à l'ordre public et toutes les conceptions qui s'y rattachent restent mal vus tant aux yeux de la doctrine que de la jurisprudence. La préservation de l'intérêt général est le dernier rempart qui protège ce critère et qui fait qu'il existe encore dans notre procédure pénale, même en un temps un peu plus libéral. Ses jours sont-ils comptés ? Difficile de répondre.

L'évolution de la législation en matière de détention provisoire, plus particulièrement avec la loi du 15 juin 2000 venant renforcer la protection de la présomption d'innocence, est de plus en plus en faveur des droits de l'individu et s'attache à ce que la liberté soit le plus souvent protégée au maximum.

## **SECTION II LES CONDITIONS DE LA DETENTION.**

### **A. LES CRITERES DE LA DETENTION**

#### **1. Le principe d'exception.**

La détention provisoire doit être exceptionnelle, c'est la règle. Les articles 137 et 144 du Code de procédure pénale nous indiquent à la fois que les obligations du contrôle judiciaire doivent se révéler **insuffisantes**, au regard de ses objectifs, pour pouvoir placer, « à titre exceptionnel » la personne mise en examen en détention provisoire. Et l'art. 144 C. pr. pén. d'énoncer que « la détention provisoire ne peut être ordonnée ou prolongée que si elle constitue l'unique lors de la promulgation de la loi du 30 décembre 1996, moyen... ».

Déjà une circulaire du 3 mars 1997 commentant la loi du 30 décembre 1996 relative à la détention provisoire organisait les modifications renforçant le caractère exceptionnel de la mesure : « Afin que le recours à la détention avant jugement, notamment au cours de l'instruction préparatoire, demeure effectivement l'exception, le législateur a adopté trois séries de modifications qui tendent à diminuer le nombre de placements en détention provisoire, à réduire la durée des détentions et à améliorer l'indemnisation des détentions injustifiées. »

C'est la raison pour laquelle, dans l'optique de limiter le nombre de placements, la loi du 30 décembre 1996 - précédant la réforme de juin 2000 - rend obligatoire la prise de réquisitions écrites et motivées par le parquet, définit la notion de trouble à l'ordre public, exige de motiver l'insuffisance du contrôle judiciaire, et renforce l'efficacité du référé-liberté.

La détention provisoire est en principe exceptionnelle<sup>41</sup>, mais elle est cependant généralisée (environ 40% des détenus). La Convention européenne précise que le délai de cette détention provisoire doit être **raisonnable**. En effet, l'article 5 § 3 Conv. EDH dispose que toute personne arrêtée ou détenue « a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable<sup>42</sup> ».

Les droits du détenu, placé en détention provisoire - qui n'a donc pas encore été jugé et qui reste présumé innocent - ne sont pas supérieurs à ceux des détenus condamnés mais pas inférieurs non plus.

Selon la Cour européenne, la détention ne prive pas le détenu des droits garantis par la convention ; le détenu a le droit de ne pas subir un traitement inhumain ou dégradant<sup>43</sup>. A ce titre, l'article 3 Conv. EDH, qui prohibe l'interdiction des peines ou traitements dégradants, protège l'intégrité physique de

---

<sup>41</sup> L'article 9-3 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et l'article 5-1 de la C.E.D.H. confirment son caractère exceptionnel.

<sup>42</sup> C.E.D.H. arrêt *Bozano*, 18 déc. 1986. La Cour de Strasbourg n'a pas hésité à censurer une privation de liberté dans un cas non prévu à l'article 5.

<sup>43</sup> C.E.D.H. arrêt *Soering*, 7 juil. 1989 ; C.E.D.H. arrêt *Tomasi c/ Fce* 27 août 1992.

la personne humaine **en toutes circonstances**. Il ne peut donc y être dérogé même en période exceptionnelle : c'est une interdiction absolue.

**a. L'obligation d'une motivation spéciale.**

Dans un Etat de droit comme le nôtre, il est primordial que la décision de mise en détention provisoire - venant à la fois heurter la sûreté physique de l'individu, la liberté individuelle et la présomption d'innocence - soit motivée. Plus précisément l'ordonnance du juge des libertés et de la détention devra être la plus explicite possible sur la question de la nécessité de maintenir le mis en examen dans une maison d'arrêt, pendant tout ou une partie de l'instruction. Rappelons que ce n'est plus le magistrat instructeur, à savoir le juge d'instruction, qui place aujourd'hui dans le cadre d'une information une personne mise en examen, mais le nouveau juge de juin 2000<sup>44</sup>.

Cette question de la motivation est tout à fait compréhensible en rapport avec le principe de légalité des délits et des peines. Ce dernier renvoie à ce que toute incrimination ait sa source dans un texte de loi. On peut penser que la motivation du juge prenant une décision aussi lourde (la détention provisoire face à la liberté de la personne) renvoie également à une certaine légalité. C'est en effet parce que des mesures de contrainte sont prises à l'encontre d'une personne qui n'a pas été déclarée coupable que la loi doit en fixer précisément le cadre. Et ces mesures de contraintes, en raison de la présomption d'innocence, doivent « être proportionnées à la gravité de l'accusation, limitées aux strictes nécessités de la procédure, et contrôlées ou autorisées par l'autorité judiciaire, gardienne des libertés individuelles. »<sup>45</sup> Le juge rendant une ordonnance tendant au placement en détention doit fonder sa décision sur une des conditions de mise en détention prévues par la loi (le texte de l'article 144 C. pr. pén. prévoit les conditions

---

<sup>44</sup> Cf. art. 137-1 C. pr. pén. « la détention provisoire est ordonnée ou prolongée par le juge des libertés et de la détention. Les demandes de mise en liberté lui sont également soumises. »

<sup>45</sup> Exposé des motifs du projet de loi renforçant la présomption d'innocence et le droit des victimes (loi

restrictives). Par ailleurs il devra également prévoir un contrôle judiciaire préalablement à toute détention provisoire. En effet le texte de l'article 137 C. pr. pén. rappelle que le placement en détention provisoire n'est possible que si les obligations du contrôle judiciaire sont insuffisantes.

La confiance accordée au juge pour protéger une telle liberté publique<sup>46</sup> tient de prime abord à l'indépendance dont celui-ci dispose. Le juge doit apparaître impartial, loyal, juste et bon ; il ne doit pas utiliser des moyens de pression ou des procédés allant à l'encontre de *l'éthique professionnelle*.

Le Pacte International relatif aux droits civils et politiques de 1966 et la Convention européenne des droits de l'homme ont fixé en outre les standards auxquels devait satisfaire l'intervention des juridictions, que la jurisprudence de la Cour européenne a précisés pour ce qui concerne la substance même du texte de la Convention.

On retrouve notamment à l'article 6 Conv. EDH. un droit premier qui confère expressément à chaque individu l'accès à un « tribunal indépendant et impartial établi par la loi. »

L'impartialité se définit par l'absence de préjugé ou de parti pris. Un autre aspect du texte souvent évoqué vient compléter le principe : le caractère équitable dans la procédure suivie. Cela suppose que l'ensemble de cette poursuite ou de cette instruction repose sur l'idée d'égalité des armes (qui parfois dans la pratique judiciaire apparaît comme illusoire...) ; la Cour européenne a eu l'occasion de s'exprimer clairement sur ce point dans l'arrêt *Neumeister* du 27 juin 1968 : « Les parties doivent être placées sur le même plan, ce qui suppose que chaque partie puisse prendre connaissance des écritures et éléments de preuve produits par les autres parties et ait la possibilité d'y répliquer et de faire valoir ses arguments et ses preuves. » La Haute Cour de Strasbourg ajoutera parallèlement que l'art. 6 Conv. EDH laisse pour sa part une place à une appréciation *in concreto* du caractère

---

15/06/00).

<sup>46</sup> A présent il est plus courant de parler de « liberté fondamentale. »

équitable de l'ensemble de la procédure et à une motivation suffisante des décisions de justice.

La Convention européenne (et de surcroît la Cour européenne) souligne donc de manière constante l'importance éminente du juge dans la protection des libertés et les garanties offertes à chaque justiciable.

A titre d'exemple, la France a été condamnée le 14 décembre 1999 pour violation du droit à un procès équitable ; la Cour de Cassation avait déclaré irrecevable le pourvoi formulé par un homme qui ne s'était pas constitué prisonnier la veille de l'audience, comme le prescrit le Code de procédure pénale. Avant son examen par la Cour de Cassation, M. Khalfaoui avait demandé à être dispensé de l'obligation de se mettre en état avant l'audience. Mais la requête avait été rejetée (tout comme pour Maurice Papon) les juges considérant que cette affectation ne suffisait pas à l'empêcher de se rendre à l'audience. La « mise en état » est destinée en droit français à assurer l'exécution de la condamnation en cas de rejet du pourvoi. Les magistrats strasbourgeois affirment que cette pratique inflige à l'intéressé une privation de liberté alors que le pourvoi en cassation a un effet suspensif. Elle ajoute qu'il existe d'autres moyens de s'assurer de la personne condamnée, avant ou après l'examen du pourvoi. La Cour de cassation rappelle que le Code de procédure pénale prévoit que toute personne condamnée a le droit de former un pourvoi en cassation. Elle conclut de la sorte : « Le respect de la présomption d'innocence, combiné avec l'effet suspensif du pourvoi, s'oppose à l'obligation pour un accusé libre de se constituer prisonnier, quelle que soit la durée, même brève, de son incarcération. » La solution de cette affaire, sans revêtir la forme solennelle d'un arrêt de principe, a le mérite néanmoins d'être claire et précise. Il résulte donc que le respect de la présomption d'innocence et le droit à un procès équitable s'appliquent à n'importe quel moment de la procédure.

**b. La notion de l'actualité des présomptions pendant la détention.**

L'ordonnance de mise en détention, ou celle qui prévoit sa prolongation, doit énoncer clairement les éléments qui existent contre la personne mise en examen à **l'instant précis** de l'instruction.

La notion de l'instant est capitale au niveau de la décision, puisque c'est pendant le laps de temps où la personne est placée en détention que la privation de liberté doit trouver sa justification. Plus précisément, dès que le mis en examen ne sera plus à même de faire pression sur les victimes, de faire disparaître des preuves ou encore de se dérober à la justice, sa détention n'aura légalement plus raison d'être. Le juge devra dès lors se demander si un contrôle judiciaire ne serait pas simplement suffisant.

De son côté, la Cour européenne des droits de l'homme prend des dispositions dans un sens favorable à la liberté ; elle impose la mise en liberté : « du moment où le maintien en détention cesse d'être raisonnable » et prescrit au juge national de vérifier qu'existe « une véritable exigence d'intérêt public justifiant une dérogation à la règle du respect de la liberté individuelle ». Par ailleurs, elle interprète les termes de l'article 5 Conv. EDH non comme offrant trois possibilités alternatives de détention avant jugement, mais comme subordonnant toujours celle-ci à l'existence et à la **persistance de raisons plausibles** de soupçonner la personne en cause d'avoir commis une infraction, ceci parce que la finalité de la détention - ici envisagée - est la conduite de la personne en cause devant l'autorité judiciaire compétente.

Tout ceci constitue le fondement préalable à une quelconque détention provisoire. Mais déjà, en fait, le juge d'instruction aura énoncé les raisons de mettre la personne (contre laquelle il existe des soupçons de croire qu'elle a commis une infraction) en examen. Ce point de départ est capital : il faut dégager les charges qui existent contre la personne « préalablement au questionnement sur l'existence de la nécessité de placer en détention provisoire au regard des critères de l'instruction de

l'article 144 du Code de procédure pénale », comme le rappelle Ch. Guéry<sup>47</sup>. Des indices sérieux et concordants devront exister, car il ne peut y avoir de détention sans indices de culpabilité.

C'est pourquoi le juge qui entend rendre une ordonnance de mise en détention (désormais le juge d'instruction saisit le juge des libertés et de la détention et lui propose le placement) doit se fonder sur des présomptions sérieuses. Et Pierre Chambon d'ajouter que « le juge doit établir, quoique la loi ne l'ait pas exigé, mentalement au moins, une relation entre la personne de l'inculpé et le fait poursuivi. »<sup>48</sup> On arrive donc au résultat suivant lequel il n'y a pas de détention sans indices de culpabilité.

## **2. Le non-respect des obligations du contrôle judiciaire.**

La nouvelle rédaction de l'article 137 C. pr. pén. nous indique que « lorsque celles-ci [les obligations du contrôle judiciaire] se révèlent insuffisantes au regard de ces objectifs, elle peut, à titre exceptionnel, être placée en détention provisoire. » On s'aperçoit qu'à la lecture du texte la notion de détention provisoire n'est citée *qu'in fine*, afin de souligner qu'elle ne doit intervenir qu'en dernier ressort.

Jusqu'à la loi du 30 décembre 1996, le législateur ne prévoyait pas que le juge ait à motiver l'insuffisance du contrôle judiciaire ; la jurisprudence de la cour de cassation considérait que si la chambre d'accusation avait confirmé l'ordonnance de mise en détention, c'est que celle-ci avait reconnu la nécessité de la privation de liberté et les insuffisances de obligations du contrôle judiciaire.

Désormais la loi du 15 juin 2000 impose aux magistrats de motiver leurs ordonnances plus que jamais. L'article 137-3 C. pr. pén. indique que « le juge des libertés et de la détention statue par ordonnance motivée (...) l'ordonnance doit comporter l'énoncé des considérations de droit et de fait sur le caractère insuffisant des obligations du contrôle judiciaire. »

## **B. LES CONDITIONS DE MISE EN DETENTION**

---

<sup>47</sup> Ch. Guéry, *La détention provisoire*, Dalloz Référence Droit pénal, mars 2001, p. 26.

## **1. La durée de la détention**

Le législateur a tenté de limiter la durée des détentions provisoires (car la lenteur du système judiciaire et de l'instruction elle-même ont tendance à l'allonger). Depuis la loi du 15 juin 2000, qui vient réformer presque toute la procédure de la détention provisoire, les délais qu'il est courant d'appeler « butoirs » ont été diminués, c'est à dire que le législateur les prévoit désormais à la baisse : en matière correctionnelle, la détention provisoire ne peut excéder quatre mois si la personne mise en examen n'a pas été déjà condamnée pour crime ou délit de droit commun à une peine criminelle ou à une peine d'emprisonnement sans sursis d'une durée supérieure à un an et lorsqu'elle encourt une peine inférieure ou égale à cinq ans - la prolongation de deux ayant disparu.

Dans les autres cas et à titre exceptionnel peut intervenir une **prolongation** de la détention provisoire, pour une durée qui ne peut excéder quatre mois, par ordonnance motivée du juge des libertés et de la détention, rendue après un débat contradictoire.

La durée totale de la détention provisoire ne peut *normalement* excéder un an. Par contre en matière criminelle, cette détention provisoire pourra dans des cas spéciaux être prolongée au terme de ce délai par une nouvelle ordonnance, pour une durée de six mois maximum.

La circulaire du 3 mars 1997 commente la loi du 30 décembre 1996 en précisant les principales dispositions ayant pour objet de limiter le recours à la mise en détention provisoire, tant dans son prononcé que de sa durée. C'est la raison pour laquelle afin de limiter leur nombre, la loi du 30 décembre 1996 innove en ce qu'elle rend obligatoire la prise de réquisitions écrites et motivées par le parquet. Le législateur entend bien une fois de plus limiter la durée des détention provisoires

---

<sup>48</sup> P. Chambon, *Le juge d'instruction*, Dalloz, 4ème éd., p. 256.

que les lenteurs de l'instruction et les tentations de la routine n'ont que trop tendance à allonger<sup>49</sup>.

La loi du 15 juin 2000 a pour sa part limité la durée de la détention en prévoyant à la baisse la notion de délais *butoirs*. Une fois de plus il semble opportun de souligner que le législateur intervient dans un souci de réforme mais également afin de s'aligner sur les conceptions européennes. En outre J. Pradel nous fait remarquer dans sa chronique « qu'en réduisant de façon heureuse les délais butoirs, la loi de 2000

fait coup double en protégeant la liberté et, indirectement, en conduisant les magistrats à faire preuve de plus de rapidité. »<sup>50</sup> Il est question ici des lenteurs de la procédure, souvent trop longue du fait de sa complexité dans certains cas.

Quels sont les délais qui s'appliquent aujourd'hui en matière de détention provisoire ?

En matière correctionnelle, la durée reste de quatre mois mais aucune prolongation n'est possible lorsque le mis en examen n'a pas été condamné à une peine sans sursis d'un an et n'encourt pas une peine de cinq ans. La possibilité de prolonger la détention de deux mois supplémentaires est supprimée (art. 145-1 C. pr. pén.). Dans les autres cas, le juge des libertés et de la détention peut décider d'une prolongation de quatre mois reste possible « à titre exceptionnel. » La durée totale sans prolongation est limitée à un an ; elle peut être portée à deux ans pour les faits commis à l'étranger, trafic de stupéfiants, terrorisme, association de malfaiteurs, extorsion de fonds, infractions commises en bande organisée, mais seulement lorsqu'une peine de dix ans est encourue.

En matière criminelle, le principe est celui d'une détention d'un an, sachant que les prolongations sont de six mois à chaque fois. La durée de la détention est limitée à deux ans lorsque la peine est inférieure à vingt ans, trois ans pour les autres cas. En outre la détention peut atteindre trois ou quatre ans lorsque l'un des faits constitutifs de l'infraction a été commis hors du territoire national. Elle

---

<sup>49</sup> P. Wachsmann, *Libertés publiques*, Cours Dalloz, 3ème éd., n° 423.

<sup>50</sup> J. Pradel, Les personnes suspectes ou poursuivies après la loi du 15 juin 2000 ; évolution ou révolution ?, Dalloz 2001, n° 13, p. 1046.

pourra, enfin, atteindre quatre ans lorsque la personne est poursuivie pour plusieurs crimes prévus aux livres II et IV du code pénal (crimes contre les personnes, la Nation, l'Etat ou la paix publique), trafic de stupéfiants, terrorisme, proxénétisme, extorsion de fonds ou pour un crime commis en bande organisée (art. 145-2 C. pr. pén.).

A cela s'ajoute le cas où la personne placée sous contrôle judiciaire s'est soustraite aux obligations de la mesure, ou si le contrôle judiciaire a été révoqué (elle est donc remise en détention provisoire) : la loi de juin 2000 prévoit que la durée totale de la détention ne pourra excéder de quatre mois (un mois seulement pour les mineurs) la durée maximale prévue pour l'infraction en cause.

Tout cela semble bien long au regard de la procédure de détention provisoire, même si les faits sont de nature criminelle et d'une particulière gravité. Est-ce dire que ces délais que la loi a voulu « enfermer » ne sont pas raisonnables ? L'article 144-1 C. pr. pén. énonce que la détention provisoire ne peut excéder une durée raisonnable, au regard de la gravité des faits reprochés à la personne mise en examen et de la complexité des investigations nécessaires à la manifestation de la vérité. En fait le problème est souvent moins complexe lorsque le suspect reconnaît les faits dont il a été accusé, le débat ne portant plus alors sur la présomption d'innocence (l'intéressé n'ayant plus besoin de cette présomption qui oblige l'accusation à démontrer la culpabilité). L'atteinte à la présomption d'innocence est invoquée en général quand la personne conteste les faits qui lui sont reprochés. Et c'est ici l'absence de certitude qui rend la décision et le maintien de la détention provisoire *litigieux*.

La Cour européenne a interprété ces exigences dans un sens favorable à la liberté : elle impose la mise en liberté « du moment où le maintien en détention cesse d'être raisonnable » et prescrit au juge national de vérifier qu'existe « une véritable exigence d'intérêt public justifiant une dérogation à la règle du respect de

la liberté individuelle. »<sup>51</sup> Elle a plusieurs fois condamné la France pour non-respect de l'article 5 § 3 Conv. EDH suivant lequel « toute personne arrêtée ou détenue (...) doit aussitôt être traduite devant un juge (...) et a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable, ou libérée pendant la procédure. »

## **2. Les indices de culpabilité**

Il est courant de croire au fait que le juge peut mettre en détention pour sauvegarder des preuves, protéger des personnes ou garantir la comparution de l'inculpé devant la justice, et laisser le tribunal trancher quant à la culpabilité de l'intéressé. Or cette conception n'est pas acceptable en ce qu'elle prive la personne faisant l'objet d'une mise en examen d'une étude immédiate des indices pesant sur elle relativement à l'information ouverte. C'est donc au juge, dans son travail préparatoire, d'analyser les indices de culpabilité retenus contre le mis en examen ou la personne soupçonnée.

L'article 6 § 3 a) Conv. EDH énonce que « tout accusé a droit notamment à être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature de l'accusation portée contre elle. » Et cette accusation dans le cadre de l'instruction commence en droit français - et généralement en droit européen - dès que le juge d'instruction décide de mettre en examen une personne, mais l'accusation peut déjà voir le jour pendant les enquêtes de police judiciaire surtout si l'individu est placé en garde à vue (puisque l'existence de croire que la personne a commis ou tenté de commettre une infraction est une condition fondamentale du placement en garde à vue<sup>52</sup>).

C'est donc, dans le cadre de l'instruction préparatoire, c'est à dire quand la recherche des preuves et de la vérité est confiée spécialement à un magistrat<sup>53</sup>, davantage au moment de la mise en examen que l'on doit s'interroger sur

---

<sup>51</sup> C.E.D.H. *Neumeister*, 27 juin 1968.

<sup>52</sup> Selon le nouvel art. 62 C. pr. pén. issu de la loi du 15 juin 2000, seuls les suspects peuvent être gardés à vue puisque « les personnes à l'encontre desquelles il n'existe aucune indice faisant présumer qu'elles ont commis ou tenté de commettre une infraction ne peuvent être retenues que le temps nécessaire à leur audition. »

l'importance des indices de culpabilité, plutôt que lorsque le juge d'instruction décide de saisir le juge des libertés et de la détention en vue de proposer l'incarcération de la personne. Constatation logique puisque la mise en examen est la condition *sine qua non* d'une mise en détention provisoire (par contre rappelons que la détention provisoire est toujours possible en matière criminelle).

L'arrivée de la loi du 15 juin 2000 ne clarifie pas les choses sur ce point ; dans la phase préparatoire du procès pénal, on admet que les personnes *suspectées* sont celles « contre lesquelles des éléments de suspicion ont d'ores et déjà été constatés ou sont recherchés. Il peut s'agir de la personne gardée à vue ou du témoin assisté. Pour ce qui est de la personne *poursuivie* elle est mise en examen, mais cela ne veut pas dire qu'elle sera obligatoirement mise sous contrôle judiciaire ou en détention provisoire.

La protection du principe de la présomption d'innocence s'applique à toute personne, qu'elle soit poursuivie ou non, impliquée dans une procédure pénale.

### **3. Des conditions restrictives au placement en détention provisoire.**

On retrouve l'esprit récurrent de l'article préliminaire inséré en tête du code de procédure pénale, où les grands principes généraux qui gouvernent notre procédure pénale sont clairement repris et mis en valeur : « les mesures de contrainte (...) doivent être strictement proportionnés à la gravité de l'infraction reprochée » ; tout ceci afin de leurs donner, à l'heure d'aujourd'hui, une certaine densité et de montrer notre droit pénal procédural conforme aux espérances strasbourgeoises. Les principes repris sont tels la légalité des délits et des peines, l'égalité de tous devant la Justice, la présomption d'innocence, et ici la proportionnalité entre la gravité des faits et le maximum d'emprisonnement encouru.

---

<sup>53</sup> J. Pradel, *L'instruction préparatoire*, Cujas, 1990.

La loi du 15 juin 2000 a procédé à un resserrement des conditions de la détention. Il semblerait que les années passent et que la tendance protectrice des droits individuels prenne plus de poids. Certes la sûreté physique, telle qu'on l'évoquait dans l'introduction et qui s'est vue constitutionnalisée avec l'article 66 de la Constitution, est fondamentale au regard des droits de la personne. Mais alors, faut-il en oublier les intérêts de la société ?

Avec la loi nouvelle, suivant le texte de l'art. 143-1 C. pr. pén., la détention provisoire reste applicable dans tous les cas en matière criminelle, mais désormais son application en présence d'un délit demande à ce que le mis en examen<sup>54</sup> encoure une peine d'emprisonnement d'au moins trois ans. Et l'objectif paraît encore plus entreprenant puisque que la peine encourue devra être de cinq ans minimum en cas d'atteinte aux biens<sup>55</sup>. La condition des cinq ans s'explique par le fait que près du tiers des détentions correspondent à des affaires de vol ou d'escroqueries et, comme ces infractions sont souvent mises à l'instruction et sont de plus en plus fréquentes, le nombre de détenus provisoires était à la hausse. Néanmoins le garde des Sceaux, Mme Guigou, exprima l'hypothèse selon laquelle ce relèvement risquait « d'affaiblir la répression dans de nombreux domaines sensibles<sup>56</sup>. » Quoiqu'il en soit la réforme se veut ambitieuse et plus protectrice de la liberté individuelle et de la présomption d'innocence.

Le législateur depuis quelques années, et cela s'est vu tout au long des réformes entreprises depuis 1959, s'est axé de plus en plus sur la volonté de **réduire le nombre des placements en détention**. Par contre, certains pensent que l'objectif central ne fut pas, par la voie de la réforme de juin 2000, de diminuer considérablement le nombre des placements en détention provisoire, tout simplement parce que cette mesure reste ancrée dans les habitudes de la vie judiciaire. Pourtant la réforme vise bien la diminution des placements mais il faut attendre quelques mois d'application pour pouvoir en apprécier les conséquences

---

<sup>54</sup> Et non plus « l'inculpé » depuis la loi du 24 août 1993.

<sup>55</sup> Si la personne n'a pas déjà été condamnée à une peine privative de liberté sans sursis supérieure à un an.

<sup>56</sup> Rapport Jolibois, n° 283, p. 15.

pratiques. « Il est vrai que la loi peut faire baisser sensiblement la détention provisoire, mais une modification radicale des pratiques ne peut se faire qu'avec une modification des pensées<sup>57</sup> ». A méditer.

Mais alors pourquoi le juge français est-il plus porté à placer en détention que ses homologues européens. Pourtant la Convention européenne que les Etats parties ont signé a une autorité supérieure au droit interne, et ce dans chaque pays signataire ; les différents magistrats ayant le pouvoir de placer un individu en détention ont donc tous les mêmes critères européens à respecter. En fait, si la France est reconnue comme la terre des droits de l'homme, l'opinion publique ressent fortement le besoin d'une répression immédiate, c'est à dire que les aspects de l'infraction prennent parfois le pas sur la personne humaine : il y a eu telle infraction et on veut que celui qui a commis l'infraction (qui reste présumé innocent jusqu'à ce qu'un tribunal ait statué sur sa responsabilité pénale, faut-il le rappeler - encore que dans certains cas la présomption d'innocence ne joue presque plus, si l'intéressé reconnaît les faits ou qui est pris en flagrant délit) ne ressorte pas du cabinet du juge libre.

Cependant, il est logique de penser et d'espérer que l'impact de la loi nouvelle se fera tout de même sur le nombre actuel des détentions provisoires, puisque désormais la mesure nécessite deux juges ; il y a de fortes chances que la procédure, se trouvant ainsi quelque peu alourdie et ralentie, dissuade la mise en détention.

La réforme de juin 2000 aura-t-elle plus d'effets que les précédentes ? C'est la question qui revient sans cesse dès qu'une loi venant modifier le régime de la détention provisoire est créée. En tout cas l'institution s'en trouve largement modifiée. La motivation au placement est toujours aussi importante, le magistrat ne pouvant prescrire la privation de liberté que par référence aux seules dispositions de l'article 144 C. pr. pén.

---

<sup>57</sup> Ch. Guéry, La détention provisoire, Dalloz Référence Droit pénal, mars 2001, p. 18.

Cet article 144 du Code de procédure pénale apparaît capital et spécialement la référence pour l'exécution de la mesure de détention provisoire, puisqu'en aucun cas (faut-il le rappeler) le juge des libertés et de la détention ne pourra ordonner un placement si une des trois conditions limitatives n'est pas au moins remplie - à savoir le besoin de la conservation des preuves et le risque de pression sur les témoins ou la victime, la protection de la personne et la garantie de sa représentation en justice, et enfin le trouble persistant et exceptionnel à l'ordre public. L'étude de ces critères est d'autant plus primordiale que ce sont aussi les critères qui prévalent, pour la plupart, pour la prolongation de la détention, le maintien en détention et les rejets de demande de mise en liberté. L'article 144 C. pr. pén. est donc l'un des plus importants par rapport aux conditions de fond de la détention provisoire et il n'est pas étonnant qu'on le modifie si l'on veut en changer les structures de base.

Le juge a l'obligation de motiver sa décision en fonction des critères qui y sont prédéfinis, et cela déjà depuis la loi de juillet 1970. Néanmoins à la lecture du texte, on s'aperçoit que les critères sont suffisamment larges pour le juge qui, se référant au minimum à l'une des conditions préétablies, garde tout de même un large pouvoir d'appréciation<sup>58</sup>.

Par exemple au sujet du 2° de l'article 144 C. pr. pén. qui expose le critère tiré du risque de renouvellement de l'infraction ou de la nécessité d'y mettre fin. Cette disposition est fréquemment utilisée car pour n'importe quelle infraction, l'enjeu est qu'elle ne se reproduise plus. Cela se comprend plus précisément en présence d'infractions continues ou successives, telles que le proxénétisme ou le trafic de stupéfiants. Encore que dans ces cas précis les agissements de la personne cessent dès le jour où elle est arrêtée. La question est de savoir si, étant laissée ou remise en liberté après son audition par le juge, la personne entendue recommencera les faits constitutifs de l'infraction pour laquelle elle a comparu. A la différence d'une infraction instantanée, l'infraction continue se prolonge dans le

---

<sup>58</sup> C. Guéry, *La détention provisoire*, Coll. Dalloz Référence, Droit pénal, mars 2001, p. 28 ; B. Callé, *La détention provisoire*, Coll. Que sais-je ?, 1992, p. 33.

temps par la réitération constante de la volonté coupable de l'auteur après l'acte initial<sup>59</sup>.

Pourtant on remarquera que si le critère énonce qu'il faut par la mesure de la détention provisoire éviter le renouvellement de l'infraction, c'est déjà admettre implicitement qu'elle a été commise et qu'elle est constituée. Le principe de la présomption d'innocence prend de ce fait un coup violent et quelques uns s'accordent à dire qu'elle ne serait plus qu'une fiction au sein de notre procédure pénale<sup>60</sup> : « le juge ne peut pas en effet logiquement dire à un inculpé qu'il est présumé innocent de l'infraction pour laquelle il est poursuivi mais qu'il décide de le placer en détention pour éviter qu'il ne recommence. »

C'est donc dans un but plus protecteur une fois de plus de la présomption d'innocence que le législateur édicte à l'article 80-1 C. pr. pén. que le juge d'instruction, à peine de nullité, ne peut mettre en examen que les personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves et concordants rendant vraisemblable qu'elles aient pu participer, comme auteur ou comme complice, à la commission des infractions dont il est saisi. »

D'une part ce que le juge vise sera surtout d'éviter la réitération du comportement délictueux de l'intéressé sur lequel pèse des soupçons de culpabilité. Sur quels fondements devra-t-il se baser pour utiliser le critère du risque de renouvellement de l'infraction ? La nature de l'infraction peut avoir une certaine densité : l'instruction préparatoire du magistrat ne présente pas les mêmes données s'il s'agit d'un vol à l'arraché ou d'un trafic de stupéfiants. D'autre part, combien de temps pourra-t-on détenir l'intéressé sur le simple motif qu'il risque de recommencer ? Le problème est essentiel. Les criminologues répondraient que celui qui a commis une infraction a plus de chances qu'un autre de recommencer, ceci s'analysant dans la personnalité physique ou mentale du délinquant et dans le milieu qui l'entoure. Et si le délinquant a déjà fait l'objet de condamnations, le risque de renouvellement sera d'autant plus grand. La C.E.D.H. avait déjà affirmé dans son arrêt *Toth c/ Autriche* en date du 12 décembre 1991 que l'existence de

---

<sup>59</sup> Stefani, Levasseur, Bouloc, *Droit pénal général*, 17ème éd., 2000, n° 218.

condamnations précédentes pour des délits similaires puisse conduire les autorités à redouter que l’inculpé ne se livre à de nouveaux agissements délictueux.

Cependant ce critère ne pourra pas agir en autonomie quant à la mise en détention provisoire, il n’en sera qu’un élément sur lequel le juge fonde ses présomptions de culpabilités . La jurisprudence de la Cour européenne affirme que la seule référence aux antécédents ne peut à elle seule suffire à justifier la mise en détention et le refus de remise en liberté<sup>61</sup>.

L’objectif principal de la réforme ne serait donc pas de réduire le nombre de placements dans une perspective uniquement quantitative, mais de rechercher une meilleure proportionnalité entre l’infraction reprochée à l’intéressé et l’intensité de l’atteinte portée à la présomption d’innocence.

Plus précisément, l’enjeu sera d’analyser si la qualification pénale de l’infraction mérite un placement en détention provisoire. Ce critère de proportionnalité trouve beaucoup d’importance aux yeux des magistrats de la Cour européenne qui rédigent souvent de la sorte : « Attendu que la mesure...est disproportionnée par rapport aux faits reprochés à l’intéressé... »

Le législateur a voulu avec la loi du 15 juin 2000, tout en renforçant la présomption d’innocence et resserrant le recours à la détention provisoire, s’accorder implicitement avec les exigences européennes en la matière, en prévoyant des garanties procédurales adéquates.

---

<sup>60</sup> J. Le Calvez, « L’inculpation et la présomption d’innocence », *Gaz. Pal.* 31 oct. 1987, p. 2 et 3.

<sup>61</sup> C.E.D.H. *Muller c/ France*, 17 mars 1997.

## **PARTIE II. L'EXTENSION DES GARANTIES OFFERTES**

La France n'a ratifié le texte de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qu'en mai 1974<sup>62</sup>, soit vingt-quatre ans après sa signature. Cette Convention proclame des libertés individuelles traditionnelles et organise en surplus une garantie juridictionnelle des droits.

Il est opportun de rappeler qu'aux termes de l'art. 55 de la Constitution française, les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie. Le texte de la Convention prime donc sur les lois françaises<sup>63</sup>.

Aujourd'hui la Convention européenne prend de plus en plus d'importance, surtout au regard des dispositions relatives à la privation de liberté et la détention provisoire.

### **SECTION 1 L'INFLUENCE DU DROIT EUROPEEN SUR LA DETENTION PROVISOIRE**

---

<sup>62</sup> Date du décret d'application de la loi du 31 décembre 1973 ratifiant le texte européen.

<sup>63</sup> C.E. *Nicolo*, 20 oct. 1989, J.C.P. Ed. G. II 21 371., où les traités internationaux l'emportent désormais sur les lois nationales avec lesquelles ils sont incompatibles, alors même que ces lois sont postérieures. Mais contrairement au juge administratif, la Cour de Cassation avait déjà reconnu ce principe en se prononçant sur la prévalence des normes internationales sur les lois postérieures (C. Cass., Ch. mixte, 24 mai 1975, Soc. des Cafés Jacques Vabre, RDP 1975, p. 1335, note L; Favoreu et L. Philip).

La présomption d'innocence, proclamée par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, contenue à l'article 6 § 2 de la Convention européenne, est considérée comme le principe fondamental du système pénal européen. Elle est désormais expressément énoncée dans le code de procédure pénale.

L'article préliminaire du code dispose que : « Toute personne suspectée ou poursuivie est présumée innocente tant que sa culpabilité n'a pas été établie. Les atteintes à sa présomption d'innocence sont prévenues, réparées et réprimées dans les conditions prévues par la loi. »

Le nouvel article 137 C. pr. pén. le rappelle encore : « La personne mise en examen, présumée innocente, reste libre. » Il est donc clair que la liberté demeure le caractère normal et la détention, l'exception.

Enfin, l'article 9-1 du Code civil, dans sa rédaction issue de la loi du 15 juin 2000, est ainsi rédigé : « Chacun a droit au respect de la présomption d'innocence. Lorsqu'une personne est, avant toute condamnation, présentée publiquement comme coupable de faits faisant l'objet d'une enquête ou d'une instruction judiciaire, le juge peut, même en référé, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que l'insertion d'une rectification ou la diffusion d'un communiqué, aux fins de faire cesser l'atteinte à la présomption d'innocence, et ce aux frais de la personne, physique ou morale, responsable de cette atteinte. »

## **A. LES PRINCIPES DEGAGES PAR LA CONVENTION.**

### **1. Les objectifs et les fondements européens**

Toutes les dispositions de la législation française en matière de détention provisoire visent à intégrer les impératifs issus de l'article 5 de la Convention

européenne<sup>64</sup>. Il est rédigé de la manière suivante : « toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté que dans des cas déterminés et selon les voies légales. »

Le paragraphe c) précise que « nul ne peut être privé de sa liberté [que] (...) s'il a été arrêté ou détenu en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente, lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci. »

Et cet article 5 consacré à la liberté physique de l'individu d'ajouter au paragraphe 3 : « toute personne arrêtée ou détenue (...) doit aussitôt être traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires, et a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable, ou **libérée pendant la procédure**. La mise en liberté peut être subordonnée à une garantie assurant la comparution de l'intéressé à l'audience. »

Enfin, il est à préciser que l'article 5 Conv. EDH., dans son paragraphe 4, impose que toute personne privée de sa liberté dispose d'un recours devant un tribunal « afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale ». La Cour a estimé qu'un tel recours doit pouvoir être réitéré selon une périodicité raisonnable, de manière à ce qu'un juge puisse, à intervalles réguliers, s'assurer de la nécessité persistante de la privation de liberté. Il est satisfait à ces exigences par le code de procédure pénale, en particulier aux articles 148 et 148-4.

Ce texte de l'article 5 Conv. EDH subordonne donc la validité de la détention d'une personne en vue de la conduire devant l'autorité judiciaire compétente à **l'existence de raisons plausibles** de soupçonner qu'elle a commis une infraction, à **des motifs raisonnables** de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction, ou enfin à des motifs raisonnables de croire à la nécessité

---

<sup>64</sup> Il faut sans cesse garder à l'esprit que le texte européen des droits de l'homme prime sur tous ceux du droit

de l'empêcher de s'enfuir après l'accomplissement de l'infraction. Et (faut-il le rappeler ?) la personne arrêtée ou détenue pour ces motifs a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable ou libérée pendant la procédure<sup>65</sup>, conformément à l'article 5 § 3 Conv. EDH.

A ce titre le caractère raisonnable d'une détention provisoire est apprécié par la Cour européenne selon les critères suivants : quand une arrestation se fonde sur les raisons plausibles de soupçonner quelqu'un d'avoir accompli une infraction, leur **persistance** est une condition *sine qua non* de la régularité du maintien en détention, mais au bout d'un certain temps elle ne suffit plus ; la Cour doit alors établir si les autres motifs adoptés par les autorités judiciaires continuent à légitimer la privation de liberté. Quand ils se révèlent pertinents et suffisants, elle recherche de surcroît si les autorités nationales compétentes ont apporté une diligence particulière à la procédure.

La Cour a estimé dans l'affaire Tomasi en date du 27 août 1992 que les rejets de demande de liberté de M. Tomasi fondés originellement sur des motifs pertinents et suffisants avaient en grande partie perdu ces caractères au fil du temps. La violation de l'art. 5 § 3 résultait donc de la carence des juridictions compétentes qui n'avaient pas agi avec la promptitude nécessaire<sup>66</sup>.

L'article 5 Conv. EDH revêt donc une importance majeure car son objet est la liberté physique de l'individu. Il pose des **limites aux raisons** pour lesquelles la détention provisoire peut être imposée, mais également impose **l'intervention du juge** en cas de détention provisoire. Ce droit, garanti par l'article 5 § 3 Conv. EDH, reconnaît que toute personne arrêtée ou détenues dans les conditions prévues au

---

interne (article 55 de la Constitution de 1958).

<sup>65</sup> L'existence de graves indices de culpabilité à l'égard d'un inculpé ne justifient pas, à elle seule, le maintien en détention provisoire ; jusqu'à sa condamnation un accusé est présumé innocent. « Il appartient aux autorités judiciaires de veiller notamment à ne pas affaiblir une telle présomption en prolongeant la détention provisoire » (Rapport Commission *Tomasi c/Fce*, 11/12/90, n°170).

<sup>66</sup> Cf. C.E.D.H. *Toth c/ Autriche*, 12/12/91, où la durée de la détention provisoire a violé l'art. 5 § 3 Conv. EDH. Voir aussi C.E.D.H. *Quinn c/ Fce*, où la détention provisoire d'un an n'est pas excessive sachant que

paragraphe 1 c) de l'article 5 doit être aussitôt traduite devant un juge. Cette analyse est en parfaite harmonie avec le but de la Convention qui est de protéger la liberté et la sûreté de la personne contre des arrestations et détentions arbitraires. La traduction devant le juge doit toujours avoir lieu. Le droit à la liberté revêt trop d'importance pour que puisse être éludée cette exigence de traduction devant un juge au cas où le détenu y renoncerait<sup>67</sup>.

La protection organisée par le droit pénal procédural français est-elle inférieure ou supérieure aux garanties accordées par la Convention européenne ?

Certains auteurs<sup>68</sup> présentent les textes organisant la procédure de détention provisoire, à savoir le Code de procédure pénale français - et son article 144 - et la Convention européenne, comme « égaux et même complémentaires ». Pourtant le législateur français tend, et cela paraît plus clair à la lecture des modifications apportées par la loi du 15 juin 2000, à mieux protéger l'individu ; alors que l'art. 5-1 c) n'exige pas la concomitance entre l'existence de raisons plausibles de soupçonner la commission d'une infraction **et** le danger de fuite ou de réitération de l'infraction (les raisons plausibles étant suffisantes pour justifier le placement en détention), le Code de procédure pénale prévoit qu'il est également nécessaire d'entrer dans les critères énumérés à l'art. 144 C. pr. pén. Cette condition est une protection supplémentaire.

La Chambre criminelle a évolué lentement son contrôle sur la base de l'article 5 § 1 Conv. EDH . Sa jurisprudence était plutôt de nature à reconnaître que l'article 5 § 1 Conv. EDH ne précise que les cas où dans lesquels une personne peut être arrêtée ou détenue en vue de sa conduite devant l'autorité judiciaire, et que les décisions prises par cette dernière ne relèvent pas de ce texte<sup>69</sup>.

Par un arrêt datant du 6 mars 1986, la Chambre criminelle renversa cette jurisprudence et admet désormais que « les dispositions du Code de procédure

---

les autorités ont agi avec rigueur.

<sup>67</sup> J. Pradel et G. Coorstens, *Droit pénal européen*, Dalloz, 1999, n° 314.

<sup>68</sup> Voir notamment J. Pradel, *L'instruction préparatoire*, Cujas, 1990, p. 654.

pénale qui définissent limitativement les cas dans lesquels le placement ou le maintien en détention peut être exigé par le juge, loin d'être incompatibles avec les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme, instituent au contraire en faveur des inculpés des garanties supplémentaires destinées à éviter toute détention injustifiée. »<sup>70</sup>

La Chambre criminelle opère donc un contrôle de conformité de décisions relatives à la détention provisoire avec le texte de l'article 5 § 1 Conv. EDH.

## **2. La jurisprudence de la Cour européenne**

Depuis quelques années elle entend jouer un rôle de protecteur supranational des droits et libertés qui ont évoqués et affirmés par le texte européen. La jurisprudence de la Cour européenne (C.E.D.H.) permet la continuité et l'application des principes et fondements contenus dans la Convention européenne des droits de l'homme. Car si les Etats, en signant le texte et en respectant le fait que celui-ci prime sur les dispositions du droit interne est une chose, l'application qui en est faite par les tribunaux est autre chose.

Les divergences de contrôle entre la Chambre criminelle et la C.E.D.H. se dévoilent parfois : sur la question de la prolongation de la détention par exemple. La Cour européenne estime qu'il est impossible de traduire le délai raisonnable de l'article 5 § 3 en un nombre fixe de jours, de semaines, de mois ou d'années ou en des durées variant suivant la gravité de l'infraction<sup>71</sup>. Et la C.E.D.H. examine alors si la détention provisoire repose sur des motifs sérieux. Sur ce point précis le contrôle de la Cour européenne est très ferme alors que la Cour de cassation se contente d'un contrôle de base légale (sur l'existence et la précision de la

---

<sup>69</sup> Cass. crim., 3 janv. 1986, D. 1986, 137, note Koering-Joulin.

<sup>70</sup> Cass. crim., 6 mars 1986, D. 1986, p. 315, note Mayer ; V. Jeandidier, « Détention provisoire, Convention européenne des droits de l'homme et Code de procédure pénale, valse hésitation de la Chambre criminelle », Rev. sc. crim. 1986, p. 710 et s.

<sup>71</sup> En ce sens, C.E.D.H. 10 nov. 1969, *Stögmüller* ; C.E.D.H. 27 juin 1968, *Wemhoff*

motivation, et non sur le contenu)<sup>72</sup>. On citera Danièle Mayer qui dans sa note (précitée) suppose que « si l'on ne considère que les textes, le droit européen, est, dans le domaine de la détention provisoire le feu arrière du droit français ; si on examine la jurisprudence il pourrait bien en être le phare. » Ce qui considérerait que le texte lui-même de la Convention européenne offre moins de garanties que le Code de procédure pénale français<sup>73</sup>, mais que la C.E.D.H. serait bien plus exigeante sur l'appréciation du caractère raisonnable de la détention et sur l'obligation d'existence de motifs sérieux pour son maintien.

La Cour européenne des droits de l'homme examine successivement les motifs invoqués à l'appui du maintien en détention : la gravité des faits et la sanction encourue ne saurait justifier, à elle seule, la détention avant jugement ; les impératifs de l'ordre public cessent d'être opérants au bout d'un certain temps ; les risques de pression sur les témoins disparaissent dès lors que leurs déclarations ont été recueillies par le juge d'instruction ; le danger de fuite lui n'ayant plus le même poids après une certaine date. Selon la jurisprudence européenne, la Cour n'hésite pas à rappeler que « la persistance de raisons plausibles de soupçonner la personne arrêtée d'avoir accompli une infraction » est une condition fondamentale et indispensable pour la régularité et la légalité de la détention<sup>74</sup>.

D'autre part sur le critère tiré du risque de fuite la Cour a eu de multiples occasions de préciser sa doctrine sur ce tel critère. Ce risque trouve sa justification en ce qu'il soulève le problème de la non représentation de la personne en justice. Il est souvent utilisé pour placer en détention provisoire, le suspect ne présentant pas de garanties suffisantes quant à sa disposition à l'égard des services judiciaires.

Néanmoins il peut paraître un peu trop facile de pouvoir placer un individu en détention sur le simple motif qu'il risque de se dérober à la justice lors de son jugement. Si l'individu en question est de nationalité étrangère et qu'il ne possède

---

<sup>72</sup> C. Guéry, La détention provisoire, Coll. Dalloz Référence, Droit pénal, p. 43.

<sup>73</sup> Et plus encore aujourd'hui avec l'arrivée de la loi du 15 juin 2000, venant renforcer la présomption d'innocence et par de là limiter le recours à la détention provisoire.

pas de domicile fixe en France, son éloignement pourrait poser problème lors de sa comparution. Mais si l'intéressé est français, domicilié en France, connu des services de police, doit-on invoquer la fuite pour autant ? Il s'agit ici de préférer l'analyse de la peine encourue ; les spécialistes et criminologues nous diront que plus la peine encourue est susceptible d'être lourde (en cas de crime ou de trafic de stupéfiants, la législation étant particulièrement ferme) et plus on peut craindre que le suspect échappe à sa responsabilité pénale. Pourtant une fois encore, cela ne suffit pas à placer en détention et le juge dans son ordonnance devra accompagner sa motivation d'éléments tirés de l'espèce, démontrant en quoi le quantum de la peine peut ou non être dissuasif (par rapport à la vie quotidienne de l'intéressé).

La chambre criminelle de la cour de cassation a rendu une décision<sup>75</sup> qui fixe l'état de la jurisprudence quant au risque de non-représentation : « A statué (...) par une décision spécialement motivée d'après les éléments de l'espèce la juridiction d'instruction qui, pour ordonner le maintien en détention de l'inculpé français déjà condamné en Belgique pour les mêmes faits et qui s'était évadé et réfugié en France, a énoncé que la perspective de la lourde peine encourue était de nature à l'inciter à prendre la fuite. » On remarque que la Haute juridiction a pris en compte d'autres éléments pour apprécier le caractère nécessaire de garder le suspect à la disposition de la justice, et n'a pas seulement évoqué le fait que le risque était possible sans en justifier le fondement.

La Cour européenne a notamment affirmé que le risque de fuite ne peut s'apprécier uniquement sur la base de la gravité de la peine encourue<sup>76</sup>.

## **B. LE CARACTERE RAISONNABLE DU DELAI**

### **1. La délai raisonnable.**

---

<sup>74</sup> En ce sens, C.E.D.H. 10 nov. 1969, *Stögmüller*.

<sup>75</sup> Cass. crim., 10 fév. 1988, *JCP* 1988, II, 21124, note Jeandidier.

<sup>76</sup> C.E.D.H. 26 janv. 1993, *W c/ Suisse*, série A n° 254, p. 16, parag. 33.

La détention avant jugement, le droit positif français la nomme *provisoire*. Mais provisoire, tout emprisonnement l'est au sens désormais le plus courant de l'adjectif : plus ou moins long il devra cesser un jour au lieu de durer éternellement. Et les perpétuités sont de plus en plus rares. Par contre, pour la durée, la détention est parfois mal distinguée de la peine d'emprisonnement. Avant 1970, la détention était préventive (« empêcher quelqu'un en prenant une initiative »). De plus la liberté était dite provisoire (et cela laissait pour compte que la détention apparaissait comme le régime normal de l'inculpé au cours de l'instruction).

Aujourd'hui la liberté est l'état normal de l'individu (et la détention tenue comme exceptionnelle et anormale). Les exigences de protection de cette liberté font que la détention provisoire, intervenant avant qu'une décision de justice se soit prononcée, doit durer le moins longtemps possible. Et que si le maintien de la détention est envisagé, la décision devra se révéler particulièrement précise et invoquer des critères pertinents de façon à en démontrer la nécessité.

Il ne faut pas confondre les deux concepts de délai raisonnable en droit européen des droits de l'homme, celui de l'article 5 § 3 Conv. EDH (le droit d'être jugé dans un délai raisonnable ou libéré pendant la procédure, celle de détention provisoire) et celui de l'article 6 § 1 Conv. EDH (toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable). Si le premier se rattache directement à la durée de la détention, le deuxième en revanche correspond plus à la durée de la procédure dans son acception générale.

La Cour européenne contrôle la durée de la détention provisoire en vérifiant qu'elle reste raisonnable par rapport au texte de l'article 5 § 1 ; dans cette optique elle se prononce sur le bien fondé des critères utilisés pour justifier la prolongation du délai<sup>77</sup>.

---

<sup>77</sup> V. en ce sens Pouget, « Les délais de la garde à vue et de la détention provisoire en France, au regard des

L'attendu référence en la matière est celui qui fut rendu lors de l'arrêt *Wemhoff c/ Allemagne* du 17 juin 1968 et dont voici les principales conclusions : « il incombe en premier lieu aux autorités judiciaires nationales de veiller à ce que (...) la durée de la détention provisoire d'un accusé ne dépasse pas la limite du raisonnable. A cette fin, il leur faut examiner toutes les circonstances de nature à éviter ou écarter l'existence d'une véritable exigence d'ordre public justifiant, eu égard à la présomption d'innocence, une exception à la règle de respect de la liberté individuelle et en rendre compte dans leurs décisions relatives aux demandes d'élargissement. C'est essentiellement sur la base des motifs figurant dans lesdites décisions (...) que la Cour doit déterminer s'il y a eu non-violation de l'article 5 § 3 de la Convention. » Cet attendu a le mérite d'être clair.

## **2. Le droit au silence.**

A la différence de certaines législations étrangères qui attachent de l'importance au silence observé ou conservé, le droit français ne comporte rien de semblable. Il demeure cependant que parfois des juges d'instructions sont irrités par le silence ou la trop grande assurance d'une personne mise en examen.

Le droit au silence peut-il justifier une mise en détention provisoire<sup>78</sup> ? C'est la question que l'on se pose si une personne entendue par un juge refuse la moindre coopération et ne répond à aucune question. On pense de suite au droit qu'a tout individu de ne faire en sorte de s'accuser lui-même ; ce silence serait alors une défense pour le suspect. Mais cela risque de faire peser sur l'intéressé de sérieux soupçons de culpabilité.

Nous avons vu dans notre première partie les conditions de fond du placement en détention provisoire, celles de l'article 144 C. pr. pén. Hormis ces hypothèses qui répondent au souci de l'instruction, la détention intervenant avant

---

dispositions de la Convention européenne », Rev. sc. crim. 1989, 787.

<sup>78</sup> B. Bouloc, « Le silence de la personne mise en examen peut-il justifier sa mise en détention ? », D. 1995, p. 315

jugement est dépourvue de tout fondement et serait parfaitement illégale<sup>79</sup>. Et le fait de recourir à la détention provisoire dans le but d'obtenir des aveux de la part de la personne soupçonnée est tout à fait contraire à l'éthique des magistrats, bien que cette pratique de « détention-pression » existe encore dans les habitudes judiciaires.

De son côté l'article 5 § 1 Conv. EDH n'autorise la détention que s'il y a des raisons plausibles de soupçonner la personne d'avoir commis une infraction ou des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction, ou encore de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci. La mise en détention qui ne serait fondée que sur le motif de non coopération ou d'un refus de collaboration ne répondrait pas aux objectifs ni de l'article 144 C. pr. pén. et ni de l'article 5 de la Convention.

Si la personne entendue par le juge se refuse à toute précision et toute information, c'est qu'elle ne veut pas prouver les faits qui lui sont reprochés. Le principe de la présomption d'innocence s'applique forcément puisque ce principe repose sur le fait qu'il appartient à l'accusation d'apporter la preuve de la culpabilité ; le doute doit profiter au suspect. En outre, aussi longtemps qu'un jugement de condamnation n'est pas intervenu, le suspect doit être considéré comme innocent même s'il existe contre lui des indices graves et concordants<sup>80</sup>.

L'article 14 § 3 (g) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 énonce que toute personne accusée d'une infraction pénale a droit e pleine égalité aux moins aux garanties suivantes (...) : « A ne pas être forcée de témoigner contre elle-même ou de s'avouer coupable. » La Cour européenne, dans son célèbre arrêt *Funke c/ France* du 25 février 1993, reconnaît le droit pour tout accusé, au sens autonome que l'article 6 Conv. EDH attribue à ce terme, de se taire et de ne point contribuer à sa propre incrimination. Et plus récemment la Cour a explicité sa doctrine selon les termes suivants : « Il ne fait aucun doute que, même si l'article 6 de la Convention ne le mentionne pas

---

<sup>79</sup>

<sup>80</sup> « La définition de la présomption d'innocence », Rapport de la Commission européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Autriche c/ Italie*, 30 mars 1963, *Annuaire VI*, 773.

expressément, le droit de se taire (...) et le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination sont des normes internationales généralement reconnues qui sont au coeur de la notion de procès équitable consacrée par l'article 6 Conv. EDH. En mettant le prévenu à l'abri d'une coercition abusive de la part des autorités, ces immunités concourent à éviter des erreurs judiciaires et à garantir le résultat voulu par l'article 6. »<sup>81</sup>

La mise en détention en raison du silence observé par la personne mise en examen pourrait apparaître comme un moyen de pression illégal, un moyen de contrainte. D'autre part si l'on avait recours à des moyens coercitifs, d'ordre physique pour obtenir des déclarations, il y aurait violation de la Convention européenne. Ainsi dans l'affaire *Tomasi* la France a été condamnée pour des violations sur une personne lors d'une garde à vue qu'elle subissait<sup>82</sup>. Il est certain qu'une personne soupçonnée, prévenue, accusée ou simple témoin ne peut être contraint de parler sous la violence. Mettre en détention au motif que l'individu soit resté discret sur les faits c'est faire une pression prohibée, un acte abusif qui peut donner lieu le cas échéant à indemnisation.

Il n'existe donc aucune obligation pour la personne soupçonnée, dont l'audition est requise par la justice, de parler. Il en résulte « que la personne poursuivie - à la différence du témoin - jouit d'un droit au silence. (...) La mise en détention d'une personne au motif d'un refus de parler ou de s'expliquer est totalement dépourvue de fondement », nous déclare B. Bouloc dans sa chronique<sup>83</sup>. Au principe pleinement inquisitoire (évoqué au début de notre étude) succède un système impliquant plus de contradiction dès la phase de recherche de la preuve (garde à vue) et pendant les investigations du juge (instruction).

### **3. La notion de procès équitable.**

---

<sup>81</sup> C.E.D.H. 8 fév. 1996, *Murray c/ R.-U.*, n° 45 ; C.E.D.H. 17 déc. 1996, *Saunders c/ R.-U.*, n° 65.

<sup>82</sup> C.E.D.H. 27 août 1992, *Tomasi*, D. 1993, 383, obs. Renucci.

<sup>83</sup> B. Bouloc, « Le silence de la personne mise en examen peut-il justifier sa mise en détention ? », précité.

L'article 6-1 Conv. EDH dispose « que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal indépendant et impartial<sup>84</sup> ». Cette règle est classique et essentielle, puisque la convention européenne incorporée au bloc de constitutionnalité a une autorité supérieure à celle des lois et s'impose donc<sup>85</sup>.

Or, malgré les données internationales, constitutionnelles et législatives militant en sens contraire, la tendance à recourir à la détention provisoire reste particulièrement forte aujourd'hui. Pourtant, en instituant une commission de suivi de la détention provisoire, chargée de réunir les données diverses concernant ce phénomène et de rédiger un rapport annuel, l'article 72 de la loi du 15 juin 2000 indique bien sa volonté de renverser les pratiques en ce domaine (réduire le recours à la mise en détention provisoire).

Il est vrai que le magistrat instructeur doit décider avec sa conscience. Mais la loi lui impose de prendre sa décision en fonction des faits constitutifs (de présomption ou de charge). La tâche dévolue au juge d'instruction est de rechercher par *tous moyens* la vérité et donc d'entreprendre les actes nécessaires pour son établissement. Le magistrat devra considérer à la fois les droits individuels de la personne soupçonnée et l'intérêt général de la société.

## **SECTION 2 LES GARANTIES PROCEDURALES FRANÇAISES**

Si l'on admet que le Code de procédure pénale prévoit des dispositions plus protectrices envers la personne susceptible d'être placée en détention provisoire, par rapport au texte européen lui-même, encore faut-il que les autorités judiciaires organisent à bon escient toutes ces garanties de fond et de forme, à savoir les garanties procédurales.

---

<sup>84</sup> J. Pradel, La notion européenne de tribunal impartial et indépendant selon le droit français, Rev. Sc. Crim. oct-déc. 1990.

<sup>85</sup> En vertu de l'article 55 de la Constitution, les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont

## **A. LE CONTROLE DES ORDONNANCES DU JUGE**

Préalablement au débat contradictoire ou à l'incarcération provisoire, le juge doit notifier à la personne des droits. L'article 145 C. pr. pén. dans sa version de juin 2000 dispose de la sorte : « Le juge des libertés et de la détention saisi par une ordonnance du juge d'instruction tendant au placement en détention de la personne mise en examen fait comparaître cette personne devant lui, assistée de son avocat si celui-ci a déjà été désigné, et procède conformément aux dispositions du présent article.

Au vu des éléments du dossier et après avoir, s'il l'estime utile, recueilli les observations de l'intéressé, ce magistrat fait connaître à la personne mise en examen s'il envisage de la placer en détention provisoire.

S'il n'envisage pas de la placer en détention provisoire, ce magistrat, après avoir le cas échéant ordonné le placement de la personne sous contrôle judiciaire, procède conformément aux deux derniers alinéas de l'article 116 relatifs à la déclaration d'adresse.

S'il envisage d'ordonner la détention provisoire de la personne, il l'informe que sa décision ne pourra intervenir qu'à l'issue d'un débat contradictoire et qu'elle a le droit de demander un délai pour préparer sa défense. »

### **1. Un contrôle sur la motivation.**

Sachant que la détention provisoire dans son principe vient heurter celui de la présomption d'innocence, il semble normal et fondamental que le magistrat qui décide une telle décision doit se fonder sur des présomptions sérieuses de

---

une autorité supérieure aux lois (arrêt de principe CE, Nicolo, 20 oct. 1989).

culpabilité. Il doit motiver son ordonnance tendant au placement en détention<sup>86</sup>. L'article 137-1, *in fine* C. pr. pén. nous déclare que le juge des libertés et de la détention (celui qui a réellement le pouvoir d'ordonner la détention depuis la loi de juin 2000) est « saisi par une ordonnance **motivée** du juge d'instruction. » De même, le nouveau juge statue lui aussi par ordonnance motivée (art. 137-3, al. 1 C. pr. pén.).

Antérieurement au Code de procédure pénale, le juge décidait d'une telle mesure par la délivrance du mandat de dépôt, considéré comme un acte d'instruction, relevant de la seule conscience du juge et insusceptible de tout recours. Un tel arbitraire n'est plus concevable en aucune manière. Les nouvelles structures de la procédure pénale font qu'aujourd'hui le magistrat doit énoncer clairement les motifs servant de base à sa décision. Il ne doit pas hésiter à la motiver précisément, et surtout dans certains cas particuliers, notamment lorsque le mis en examen nie les faits qui lui sont reprochés.

Le travail du juge est donc de réunir les charges et les preuves, vérifier si les indices de culpabilités rendent nécessaires une mise en détention provisoire, ou si le contrôle judiciaire suffit. Si la mesure de détention s'avère toujours possible en matière criminelle, eu égard à la gravité de l'infraction, elle n'est possible en matière correctionnelle (rappelons le) que si la peine encourue est de trois ans minimum. Néanmoins, cette détention ne sera légale que si elle repose sur l'un des critères évoqués à l'article 144 C. pr. pén., et si elle est accompagnée par une ordonnance spécialement motivée d'après les éléments de l'espèce. Les termes ont un peu changé avec la loi du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence mais c'est la loi du 17 juillet 1970 qui a imposé une telle obligation de motivation (depuis cette date le législateur pose le principe d'une détention provisoire exceptionnelle). D'autre part cette ordonnance ne pourra être prise qu'après un débat contradictoire, avant de statuer.

---

<sup>86</sup> Aux termes de l'article 145 le placement en détention provisoire est prescrit par une ordonnance spécialement motivée qui doit comporter l'énoncé des considérations de droit et de fait sur le caractère insuffisant des obligations du contrôle judiciaire. Cass. crim. 16 juill. 1997, D. 1998, somm. 170, obs. Pradel

L'ordonnance de mise en détention est enfin susceptible d'appel devant la chambre d'accusation devenue « chambre de l'instruction ». Cette juridiction du second degré de l'instruction peut annuler la décision du juge. Cependant, dans la pratique, elle évite de le faire dans la mesure du possible afin de ne pas jeter le discrédit sur le magistrat chargé de l'instruction, obligeant souvent l'intéressé à se pourvoir en cassation.

## **2. Le rôle de la chambre de l'instruction : application du principe du droit au second degré de juridiction.**

La personne mise en examen et son conseil disposent d'un droit à former appel des décisions relatives à la détention provisoire, en ce qui concerne ordonnance de placement en détention provisoire, ordonnance de prolongation de la détention provisoire, ordonnance du maintien en détention ou encore l'ordonnance du rejet de remise en liberté<sup>87</sup>.

Le Ministère Public a le droit d'interjeter appel devant la chambre de l'instruction de toute ordonnance relative à la détention provisoire<sup>88</sup>. L'article 185 du code de procédure pénale prévoit cette possibilité pour le procureur de la République qui peut même saisir la chambre par voie de requête.

En ce qui concerne les délais d'appel, ce dernier doit être formé dans les dix jours de la notification à l'intéressé de la décision tendant à le placer en détention provisoire (art. 186 C. pr. pén.). Le délai d'appel du procureur de la République est de 5 jours mais celui du procureur général reste de dix jours.

---

<sup>87</sup> L'appel de la personne mise en examen mineure peut être exercé par le mineur ou par son représentant légal (loi du 2 février 1945, art. 24).

<sup>88</sup> Cass crim. 19 janv. 1987, Bull. crim., n° 24. Seule l'ordonnance d'incarcération provisoire (volonté de la personne mise en examen de bénéficier d'un délai pour préparer sa défense) a la particularité de ne pas être susceptible d'appel par le Ministère Public et par les parties privées. Elle demeure une exception importante au principe posé à l'art. 185 C. pr. pén.

La loi du 15 juin 2000 en consacrant le principe du double regard, pour la mise en détention ou son maintien, a conservé le système substitué à celui de la loi du 24 août 1993, à savoir celui du **référé-liberté** de l'article 187-1 du code de procédure pénale (article aménagé par la loi du 30 décembre 1996), dans un souci de faire reculer l'emprisonnement au cours de la procédure.

Ce référé-liberté a pour objet de limiter les excès éventuels du seul juge d'instruction. Il prend le visage un peu d'un garde-fou face à une éventuelle défaillance du système judiciaire en matière de détention provisoire. Le législateur cherchait une solution pour pallier certains excès que pouvait constituer des mises en détention jugée abusives.

C'est en 1993 que le référé-liberté fut instauré : selon cette procédure, en cas d'appel d'une ordonnance de mise en détention provisoire, le mis en examen ou le parquet peuvent, si l'appel est interjeté au plus tard le jour suivant la décision de placement, demander au président de la chambre d'examiner cette voie de recours immédiatement, très exactement le troisième jour ouvrable suivant la demande. Si le magistrat infirme l'ordonnance suite à cette demande, l'intéressé est remis en liberté et la chambre est dessaisie. Par contre, si le juge confirme son ordonnance de mise en détention ou de prolongation, la chambre devra statuer dans les dix quinze jours. La loi du 15 juin 2000 a ramené ce délai à dix jours afin d'accélérer les procédures et, une fois de plus, venir souligner le caractère exceptionnel de la détention (et également qu'elle ne doit décidée que si les obligations du contrôle judiciaire se révèlent insuffisantes).

La réforme de juin 2000 a institué parallèlement au système du référé-liberté un système d'appel à très bref délai devant la chambre de l'instruction. Le principe nous est donné par le texte de l'article 187-2 C. pr. pén. : « la personne qui forme un recours prévu par l'art. 187-1 peut demander à ce qu'il soit directement examiné par la chambre de l'instruction. Il est alors statué au plus tard, au vu des éléments du dossier, le cinquième jour ouvrable suivant la demande. »

## **B. LA REPARATION DU PREJUDICE ET L'INDEMNISATION**

### **1. Le droit à réparation.**

Ce droit est basé sur un principe simple : celui qui a subi une détention provisoire injustifiée, abusive ou inutile a droit à ce que le préjudice qu'il a subi soit réparé et indemnisé.

La loi du 15 juin 2000 encadre plus précisément la réparation et prête plus d'attention aux victimes de détentions abusives. Ces victimes doivent être informées de leur droit de saisir la Commission d'indemnisation<sup>89</sup>. Le texte de l'article 149 du Code de procédure pénale édicte la règle selon laquelle, après un non-lieu, une relaxe ou un acquittement, celui ayant fait l'objet d'une telle mesure a droit « à sa demande, à la réparation intégrale du préjudice moral et matériel que lui a causé cette détention. »

La réforme de juin 2000 apporte des garanties nouvelles, puisque la précédente loi ne mentionnant seulement « qu'une indemnité pouvait être accordée ».

Pourtant, même après les modifications des articles 170 et 171, la loi du 15 juin 2000 ne satisfait que partiellement à cette obligation, puisqu'elle ne prévoit l'allocation d'une indemnité à la personne ayant fait l'objet d'une détention provisoire que si la procédure s'est terminée à son égard par une décision de non lieu, de relaxe ou d'acquiescement devenue définitive, ce qui laisse sans réparation les victimes de privation de liberté abusives, dès lors qu'elles ont été condamnées, même à une peine éventuellement légère.

---

<sup>89</sup> M. Azibert, « La Commission nationale d'indemnisation en matière de détention provisoire », Rev. sc.crim.1985, 517 (sur les indemnités accordées).

En revanche, la loi du 30 décembre 1996, relative à la détention provisoire et aux perquisitions de nuit en matière de terrorisme, a cessé d'exiger que le préjudice causé par la détention soit manifestement anormal et d'une particulière gravité. Une telle condition était, à l'évidence, contraire aux termes de l'article 5 § 5 Conv. EDH.

Le paragraphe 5 de l'article 5 Conv. EDH prévoit que « toute personne victime d'une arrestation ou d'une détention contraire aux dispositions de cet article a droit à réparation ». Cette garantie énoncée et reconnue par l'article 41 Conv. EDH (l'ancien article 50) ne protège pas l'individu contre les seules atteintes à la sûreté, mais contre toutes celles relatives aux droits et libertés que la Convention européenne des droits de l'homme entend sauvegarder : « Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou des ses protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie Contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable. »

Au niveau du droit français, la loi de juin 2000 améliore en ce sens les conditions de réparation pour les victimes de détentions provisoires abusives ou injustifiées. En outre de leur droit de saisir la Commission d'indemnisation, l'art. 149, al. 1 C. pr. pén. reconnaît pour l'intéressé, après acquittement, relaxe, ou non-lieu, « le droit (...) à la réparation intégrale du préjudice moral et matériel que lui a causé cette détention ». Les débats peuvent avoir lieu en audience publique, sauf demande contraire de la personne, et la décision quoiqu'il arrive devra être motivée.

## **I. Ouvrages.**

### **A. Ouvrages généraux.**

**CHARVIN (R.), SUEUR (J.J.),** *Droits de l'homme et libertés de la personne*, LITEC, Objectif droit, 3ème édition, sept. 2000, 318 p.

**LEBRETON (G.),** *Libertés publiques et droits de l'homme*, A. Colin, 4ème édition, fév. 1999.

**MORANGE (J.),** *Droits de l'homme et libertés publiques*, Paris, P.U.F., Coll. Droit Fond., 1995, 3ème édition.

**PRADEL (J.), COORSTENS (G.),** *Droit pénal européen*, Dalloz, 1999, n°338 s.

**ROBERT (J.), DUFFAR (J.),** *Droits de l'homme et libertés de la personne*, Montchrestien, Domat Coll. Droit public, 7ème édition, 1999, 909 p.

**ROBERT (J.), OBERDORFF (H.),** *Libertés fondamentales et droits de l'homme*, Montchrestien, 3ème édition, oct. 1997, 516 p.

**ROLLAND (P.),** *La protection des libertés en France*, Dalloz, Connaissance du Droit, 1995, 131 p.

**STEFANI, BOULOC (B.), LEVASSEUR (G.),** *Procédure pénale*, Dalloz, 17ème édition, fév. 2000, 978 p.

**TURPIN (D.),** *Les libertés publiques*, Gualino Editeur, Mémentos, 5ème édition, janv. 2000, 384 p.

**WACHSMANN (P.),** *Libertés publiques*, Dalloz, Cours, 3ème édition, août 2000, 542 p.

## **B. Ouvrages spécialisés.**

**BOULOC (B.), DE BECO (R.), LEGROS (P.),** *Le droit au silence et la détention provisoire*, Coll. Droit et justice, Coll. dirigée par Pierre Lambert, Bruylant Bruxelles, 1997, 134 p.

**CALLE (B.)**, *La détention provisoire*, Coll. Que sais-je ?, 1992, 112 p.

**GUERY (C.)**, *La détention provisoire*, Dalloz, Coll. Référence Droit pénal, mars 2001, 1ère édition, 295 p.

**JOSSERAND (S.)**, *L'impartialité du magistrat en procédure pénale*, L.G.D.J., Bibliothèque des sciences criminelles, Tome 33, juin 1998, 651 p.

**PRADEL (J.)**, Sous sa direction, *Les atteintes à la liberté avant jugement en droit pénal comparé*, Cujas, Travaux de l'Institut des sciences criminelles de Poitiers, 1992, n°11, 424 p.

**RASSAT (M.-L.)**, *Procédure pénale*, P.U.F., Coll. Droit Fond., 1995, n° 287 et s.

**ROETS (D.)**, *Impartialité et Justice pénale*, Travaux de l'Institut des sciences criminelles de Poitiers, 1997, n°18, 494 p.

## **II. Articles de doctrine.**

**AUVRET (P.)**, « Le droit au respect de la présomption d'innocence », *JCP* 1994, I, 3802.

**BOULOC (B.)**, *La durée des procédures*, *Rev. sc. crim.* janv-mars 2001, p. 55.

**BOULOC (B.)**, *Le rôle du juge d'instruction dans la recherche de la vérité*, Petites affiches, 28 oct. 1986.

**CHAMBON (P.)**, *Les raisons d'être et les excès de la détention provisoire*, *D.* 1984. 404.

**COHEN (C.)**, *De la présomption d'innocence au secret de l'instruction : la double impasse*, *Gaz. Pal.*, I, Doct., p. 951.

**DI MARINO (G.)**, *La réforme de la détention provisoire*, Revue de droit pénal et de droit pénitentiaire, Doctrine,

**FAVOREU (L.)**, *La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés*, Dalloz 2001, n°22, Chron.,Doctrines, p. 1739.

**GUERY (C.)**, *Le nouveau juge des libertés et de la détention ; premiers problèmes pratiques*, Gaz. Pal. 8-9 sept.2000, I, A.

**JOLIBOIS (C.)**, *Le renforcement de la protection de la présomption d'innocence*, Rev. sc. crim. janv-mars 2001, p. 65.

**JUNOSZ-ZDROJEWSKI**, *La présomption d'innocence contre la présomption de culpabilité*, Gaz. Pal. 27 juin 1989.

**LE CALVEZ (J.)**, « L'inculpation et la présomption d'innocence », *Gaz. Pal.* 31 oct. 1987, chron. p. 2.

**LE GUNEHEC (F.)**, *La loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes ; dispositions spécifiques à l'enquête ou à l'instruction*, JCP Ed. G., n° 27, 5 juillet 2000, Act. Aperçu Rap., p. 1299.

**LEMONDE (M.)**, *Le juge des libertés et de la détention : une réelle avancée*, Rev. sc. crim. et de droit comparé, janv-mars 2001, p. 51.

**MARON (A.)**, *La détention nouvelle est arrivée* (à propos de la loi du 30 déc. 1996), *Juris Classeur Pénal*, janv. 1998, p. 5.

**MAYER (D.)**, *Vers un contrôle du législateur par le juge pénal ?*, Dalloz 2001, n°21, Chron., Doctrines, p. 1643.

**PRADEL (J.)**, *La détention provisoire dans le droit français contemporain*, Rev. Crim. 1987, p. 276.

**PRADEL (J.)**, *La notion européenne de tribunal indépendant et impartial selon le droit français*, Rev. sc. crim., oct-déc 1990, p. 692.

**PRADEL (J.)**, *Les personnes suspectes ou poursuivies après la loi du 15 juin 2000 ; évolution ou révolution ?*, Dalloz 2001, n°13, Chron.,Doctrines, p. 1039.

**ROBERT (Ph.)**, *Un mal nécessaire, la détention provisoire en France*, Dev. et Soc. 1986, p. 57.